



SOMMAIRE

Doctrine :

- L'Agence des droits fondamentaux, par O. De Schutter 97

Chronique :

- Les règles de concurrence applicables aux entreprises, par B. van de Walle de Ghelcke, B. Van Hees et C. Louveaux . . . 103

Jurisprudence :

- Accès aux documents des institutions. — Documents ayant servi de fondement à des mesures restrictives dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. (C.J.C.E., 1^{er} février 2007, *Sison c. Conseil*) 121
- Marques. — Notion de « signe » susceptible de constituer une marque. (C.J.C.E., 25 janvier 2007, *Dyson Ltd*) 122
- Marché intérieur. — Interdiction d'installer et d'exploiter des jeux électriques, électromécaniques et électroniques. — Normes et réglementations techniques. (C.J.C.E., 26 octobre 2006, *Commission c. Grèce*) 123
- Sécurité sociale. — Assurance maladie. — Détermination du revenu servant de base au calcul des cotisations. — Droit d'un Etat membre d'inclure les pensions versées par une institution d'un autre Etat membre. (C.J.C.E., 18 juillet 2006, *Nikula*) 123
- Agents commerciaux indépendants. — Droit de l'agent commercial à une indemnité après cessation du contrat. (C.J.C.E., 23 mars 2006, *Honyvem*) 124

Actualités :

- Union européenne 125
- Conseil de l'Europe 127

DOCTRINE

L'Agence des droits fondamentaux

Le 15 février 2007, le Conseil de l'Union européenne adoptait formellement le règlement portant création de l'Agence des droits fondamentaux (1). L'objectif de disposer d'une institution chargée de contrôler les développements relatifs aux droits fondamentaux dans l'Union et les Etats membres faisait l'objet de débats depuis plusieurs années. Cet article rappelle l'origine de l'Agence (1). Il passe en revue les différentes fonctions qui auraient pu lui être attribuées, en rappelant l'importance des choix qui ont été faits (2). Il examine ensuite les autres thèmes examinés pendant près de trois années de discussions : la structure de l'agence (3); ses rapports avec le Conseil de l'Europe (4); et son rôle dans le cadre du « troisième pilier » (5).

1

L'origine de l'Agence

Une proposition visant à créer un observatoire des droits de l'homme au sein de l'U.E., qui pourrait servir à mieux informer la politique des droits fondamentaux de l'Union, avait déjà été avancée, en particulier dans une étude préparée par Ph. Alston et J.H.H. Weiler à l'attention du comité des sages dont les travaux déboucheront sur le rapport « Leading by Example : A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000 ». Le principal argument en faveur de la création d'une telle instance était qu'elle encouragerait l'Union à adopter une approche plus préventive en matière de droits de l'homme. « Une information systématique, fiable et ciblée », écrivaient ces auteurs, « est le point de départ d'une compréhension claire de la nature, de l'ampleur et de la localisation des problèmes qui se posent et de l'identification des solutions possibles » (2).

A l'époque, aucune suite n'avait été réservée à cette proposition, reprise pourtant dans le rapport du comité des sages. Le Conseil européen avait bien, dans les conclusions adoptées à Cologne les 3 et 4 juin 1999, suggéré « d'examiner l'opportunité de créer une agence de l'Union pour les droits de l'homme et la démocratie », (3) les observateurs — quelque peu aveuglés sans doute par la décision du Conseil, lors de la même réunion, d'avancer vers l'élaboration d'une charte des droits fondamentaux pour l'Union — n'y avaient guère prêté d'attention. Et seul le Parlement s'est ému lorsque, dans une communication de mai 2001 consacrée, il est vrai, à la prise en compte des droits de l'homme dans les relations extérieures, la Commission avait estimé que la création de pareille agence était inutile, compte tenu du volume d'informations déjà disponibles (4).

Au même moment pourtant, la place des droits fondamentaux dans la structure de l'Union européenne se faisait plus visible. La proclamation, le 7 décembre 2000 lors du Conseil européen de Nice, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (5), a eu un impact immédiat sur la pratique des institutions. Dès cette date, les rapports annuels du Parlement européen sur la situation des droits fondamentaux ont pris la Charte comme principale source de référence. Le réseau d'experts indépendants sur les droits

l'Union européenne », in Ph. Alston, avec M. Butselo et J. Heenan (eds.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 3-68, ici p. 4 (orig. angl. « An "Ever Closer Union" in Need of a Human Rights Policy : The European Union and Human Rights », in P. Alston, with M. Bustelo and J. Heenan (eds.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999)

(3) Conclusions de la présidence, Conseil européen des 3 et 4 juin 1999, § 46.

(4) 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 du 8 mai 2001 (qui dit notamment : « L'Union européenne ne manque de sources d'informations et de conseils. Elle peut puiser dans les rapports établis par les Nations unies, le Conseil de l'Europe et tout un éventail d'O.N.G. internationales. En outre nul ne détient le monopole de la sagesse quand il s'agit d'analyser les problèmes liés aux droits de l'homme et à la démocratisation ou leurs implications pour les relations de l'Union européenne avec un pays. Le véritable défi pour toute institution est d'utiliser les informations de manière productive et d'avoir la volonté politique de prendre des décisions difficiles. Ce défi ne serait pas relevé par un organisme consultatif supplémentaire »).

(5) J.O. C 364 du 18 décembre 2000, p. 1.

(1) Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O. L 53 du 22 février 2007, p. 1. Le règlement est fondé sur la proposition présentée par la Commission européenne le 30 juin 2005 : Proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et proposition de décision du Conseil autorisant l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne à exercer ses activités dans les domaines visés au titre VI du Traité sur l'Union européenne, COM (2005) 280 final du 30 juin 2005.

(2) Ph. Alston et J.H.H. Weiler, « Vers une politique des droits de l'homme authentique et cohérente pour

Pour connaître nos dernières
parutions, consultez et
commandez en direct sur :
www.larcier.com

fondamentaux, créé en septembre 2002 par la Commission européenne à la demande du Parlement (6), a encore renforcé la capacité du Parlement européen à exercer cette mission de surveillance de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres de l'Union. (7) Dès octobre 2000, la Commission européenne a affirmé vouloir respecter la Charte, s'engageant à la respecter comme si elle produisait des effets juridiquement contraignants (8); et en mars 2001, une communication interne aux services de la Commission prévoyait que toute proposition de législation et toute ébauche d'instrument qu'elle devrait adopter serait d'abord, comme étape des procédures normales de prise de décision, examinée du point de vue de sa compatibilité avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (9).

Pourtant, malgré ce spectaculaire ancrage de la Charte des droits fondamentaux dans les pratiques institutionnelles — ce qui allait naturellement amener à ce que la Charte figure dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe — l'annonce par les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres, lors du Conseil européen de Bruxelles du 13 décembre 2003, de leur intention d'élargir le mandat de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes et de le transformer en une « Agence des droits de l'homme » (10) chargée de collecter et d'analyser des données afin de définir la politique de l'Union dans ce domaine, a pris la plupart des observateurs par surprise. Il s'agissait là d'un choix politique, qu'aucune étude de faisabilité n'avait précédé, et qui a paru alors dicté essentiellement, semble-t-il, par le souci de renforcer la présence de l'Union à Vienne et de trouver une solution honorable au problème de la nécessaire réforme de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes.

La décision du Conseil européen de créer l'Agence des droits de l'homme en élargissant les compétences de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (11) était pourtant parfaitement logique. Sans

doute, la nature spécialisée des activités de l'Observatoire — une spécialisation qui était d'ailleurs considérée comme une condition d'efficacité dans l'accomplissement de sa mission — aussi bien que la définition de sa tâche principale, qui résidait dans la collecte et le traitement d'informations, plutôt que dans la préparation d'avis juridiques (12), semblaient clairement distinguer ses activités de celles d'une Agence (indépendante) des droits de l'homme pour l'Union. En outre, se fondant sur une évaluation externe des activités de l'Observatoire de Vienne entre sa création en 1998 et la fin de 2001 (13), la Commission avait estimé, dans sa communication du 5 août 2003, que « l'Observatoire devait continuer à se concentrer sur le racisme et que toute ouverture à d'autres domaines serait malvenue dans les limites des ressources susceptibles d'être mises à la disposition de l'Observatoire et qu'elle affaiblirait l'accent mis sur le racisme » (14). Mais en réalité, cette communication se bornait à noter le risque que comportait une extension du champ des activités de l'Observatoire dans le cadre, budgétaire notamment, qui était le sien; bien qu'elle ne l'envisageât pas, elle n'excluait pas le scénario d'une refondation de l'Observatoire dans une Agence des droits fondamentaux, accompagné d'un renforcement de ses capacités d'action.

Quoi qu'il en soit, les circonstances dans lesquelles elle s'est trouvée placée ont conduit la Commission européenne, avant d'en venir à une proposition formelle, à organiser une large consultation visant à identifier plus précisément en quoi pourrait consister la valeur ajoutée d'une Agence des droits fondamentaux pour l'Union, comment elle devrait être structurée et comment son mandat devrait être défini. Un document de consultation publique a été présenté le 25 octobre 2004 (15). Il a suscité des contributions émanant d'un large éventail d'acteurs. Une audition publique a été organisée le 25 janvier 2005 (16). Les différentes positions exprimées au cours de ces consultations ont montré la diversité des attentes soulevées par la proposition d'établir une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans les para-

graphes qui suivent, on examine d'abord le débat portant sur les missions de l'Agence (2), avant de s'attarder sur les autres questions sur lesquelles le débat a porté pendant près de trois années de discussions : celle de la structure de l'agence (3); celle de ses rapports avec le Conseil de l'Europe (4); et celle enfin de son rôle dans le cadre du troisième pilier du Traité sur l'Union européenne (5).

2

Les missions de l'Agence

Le domaine thématique des activités de l'Agence — qui inclurait toujours la lutte contre le racisme et la xénophobie — serait défini dans un cadre pluriannuel adopté par le Conseil sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen. Dans ces domaines thématiques, selon l'article 4, les tâches et missions de l'Agence consisteront essentiellement à collecter, recenser, analyser et diffuser des informations et des données pertinentes, objectives, fiables et comparables, à développer des méthodes en vue d'une meilleure comparabilité, objectivité et fiabilité des données au niveau européen, à formuler, soit de sa propre initiative, soit à la demande du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission, des conclusions et des avis, sur des sujets thématiques spécifiques, qu'elle adresse aux institutions de l'Union ainsi qu'aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, et à renforcer la coopération avec la société civile. Il faut cependant s'interroger, non seulement sur les méthodes de travail de l'agence, mais également et en premier lieu sur les finalités au service desquelles ces méthodes seront mises en œuvre.

A. — Contrôler le respect des droits fondamentaux

Certains ont vu dans la création d'une Agence des droits fondamentaux l'occasion de renforcer le contrôle portant sur le respect des droits fondamentaux par les institutions de l'Union ainsi que par les Etats membres. Lorsque, le 26 mai 2005, le Parlement européen a demandé à la Commission de soumettre une proposition législative concernant l'Agence, il a ainsi souligné que « la création de l'Agence devrait contribuer à renforcer davantage la confiance mutuelle entre les Etats membres et constituer une garantie de respect continu des principes énoncés aux articles 6 et 7 du Traité sur l'Union européenne » (17). Ces dispositions définissent les droits de l'homme comme étant, avec la démocratie et l'Etat de droit, une composante des valeurs sur lesquelles est fondée l'Union. Elles donnent à la fois au Conseil la possibilité d'adopter des sanctions contre un Etat qui, d'après lui, commet une violation grave et persistante des principes énoncés à l'article 6, § 1^{er}, du T.U.E. (18), et — depuis l'entrée en vigueur du Traité de Nice, le

(6) Le réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, composé de vingt-cinq experts indépendants, examine la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union sur la base de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Voy. le site Internet http://ec.europa.eu/justice_home/ctr_cdf/index_fr.htm.

(7) Dans sa résolution du 5 juillet 2001, le Parlement européen recommandait « la mise en réseau d'experts faisant autorité en matière de droits de l'homme et de juristes de chacun des Etats membres pour assurer un degré élevé de compétence, et afin que le Parlement puisse se voir présenter une évaluation de la mise en œuvre de chacun des droits énoncés notamment par la Charte en tenant compte de l'évolution des législations nationales, de la jurisprudence des Cours de Luxembourg et de Strasbourg ainsi que des jurisprudences marquantes des Cours constitutionnelles et des juridictions des Etats membres » (Résolution sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2000), rapp. Th. Cornillet, point 9).

(8) Communication de la Commission sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM(2000) du 11 octobre 2000.

(9) SEC(2001) 380/3, du 13 mars 2001.

(10) L'expression « Agence des droits de l'homme » est également utilisée dans le Programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, annexé aux conclusions du Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, doc. du Conseil de l'U.E. 14292/04.

(11) Cet Observatoire, parfois dénommé Observatoire de Vienne, avait été créé par un règlement du Conseil (CE) 1035/97 du 2 juin 1997 portant création d'un Ob-

servatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, J.O. L 151 du 10 juin 1997, p. 1.

(12) Selon l'article 2(1) du règlement qui l'institue, l'Observatoire de Vienne doit « fournir à la Communauté et à ses Etats membres [...], des informations objectives, fiables et comparables au niveau européen sur les phénomènes du racisme, de la xénophobie et de l'antisémitisme, afin de les aider lorsque, dans les domaines de leurs compétences respectives, ils prennent des mesures ou définissent des actions ».

(13) Evaluation de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, « Rapport final », Centre for Strategy and Evaluation Services, mai 2002 (http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/arccg/eumc_eval2002_fr.pdf).

(14) Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les activités de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes accompagné de propositions de refonte du règlement (CE) n° 1035/97 du Conseil et proposition de règlement du Conseil relatif à l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (Refonte), COM (2003) 483 final du 5 août 2003, p. 9.

(15) Communication de la Commission « L'Agence des droits fondamentaux - Document de consultation publique », COM (2004) 693 final du 25 octobre 2004.

(16) La réponse du monde académique et des organisations de la société civile a été remarquablement élevée. Voy., pour un aperçu de l'ensemble du débat, Ph. Alston et O. De Schutter (éd.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU - The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

(17) Résolution du Parlement européen sur la promotion et la protection des droits fondamentaux : le rôle des institutions nationales et européennes, y compris de l'Agence des droits fondamentaux, P6_TA(2005)0208, Bruxelles, 26 mai 2005, point 26.

(18) Article 7(2) à (4) U.E. et, pour la transposition de ces sanctions dans le cadre du Traité CE, article 309 CE.

1^{er} février 2003 (19) — la possibilité de constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un Etat membre des valeurs communes sur lesquelles est basée l'Union, afin d'adresser à cet Etat des recommandations appropriées. C'est sur la base de ces dispositions que depuis 1999, le Parlement a systématiquement cherché à examiner la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres, jusqu'à adopter des rapports annuels sur ce sujet pendant la période 1999-2003. Tout comme l'établissement du réseau d'experts indépendants sur les droits fondamentaux avait été demandé par le Parlement en tant que moyen de faciliter l'exercice de ce rôle, la création de l'Agence des droits fondamentaux, grâce à l'information qu'elle devait collecter et analyser, devait ainsi, dans la compréhension initiale de son rôle par le Parlement européen, améliorer l'efficacité et la fiabilité de cette surveillance des Etats membres.

Selon cette compréhension de son rôle, l'Agence aurait également à assurer un contrôle du respect des droits fondamentaux par les institutions de l'Union. Ce contrôle opérerait davantage en amont, de manière si possible préventive. Il serait complémentaire du contrôle exercé en aval par la Cour de justice dans le cadre de l'examen des recours portés devant elle ou des renvois préjudiciels qui lui sont adressés. L'installation de l'agence constituerait ainsi le prolongement, ou l'amélioration, de plusieurs initiatives récentes prises en vue d'améliorer le contrôle du respect des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne. En avril 2005, la Commission a adopté une communication par laquelle elle cherche à améliorer la conformité de ses propositions législatives avec les exigences de la Charte (20). Le 15 juin 2005, elle a adopté un nouvel ensemble de lignes directrices pour la préparation des évaluations d'impact (21) qui, si elles sont toujours basées, comme par le passé (22), sur une division entre impact économique, social et environnemental, accordent une attention bien plus importante à l'impact potentiel des différentes options considérées sur les droits, les libertés et les principes énumérés dans la Charte des droits fondamentaux (23). L'établissement d'une Agence des droits fondamentaux paraissait, semble-t-il, de nature à améliorer encore cette approche préventive quant à la conformité des activités des institutions communautaires avec la Charte. L'exposé des motifs de la proposition présentée par la Commission le 30 juin 2005 ne disait-il pas, d'ailleurs, que la garantie des droits fondamentaux exige la mise en place de « mécanismes de gouvernance appropriés » (24)?

En réalité, bien qu'elle ait pu être envisagée au départ comme une des missions prioritaires de l'Agence, la fonction de contrôle n'a pas été mise en avant dans les discussions de derniers mois. En disant que l'Agence « a pour objectif de fournir aux institutions, organes, organismes et agences compétents de la Communauté, ainsi qu'à ses Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, une assistance et des compétences en matière de droits fondamentaux, afin de les aider à respecter pleinement ces derniers, lorsque, dans leurs domaines de compétence respectifs, ils prennent des mesures ou définissent des actions » (article 2) le règlement instituant l'Agence esquivait cette question, puisqu'il met l'accent sur la fonction de conseil de l'Agence — sorte de lieu d'expertise au service des institutions et des Etats membres — plutôt que sur sa fonction de contrôle telle qu'elle découlerait, notamment, de son assimilation aux institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme dont se sont dotés à peu près la moitié des Etats membres (25). L'article 4, § 1^{er}, du règlement fait bien figurer parmi les missions de l'Agence celle de « formule[r] et publier [r] des conclusions et des avis sur des sujets thématiques spécifiques, à l'intention des institutions de l'Union et des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, soit de sa propre initiative, soit à la demande du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission », mais l'article 4, § 2, précise que ces prises de position ne peuvent porter sur des propositions législatives de la Commission ou des positions prises par les institutions dans le cadre de procédures législatives « que lorsqu'une demande a été présentée par l'institution concernée » (26). On a donc voulu éviter de créer une instance qui assume une mission d'alerte lorsque certains développements législatifs créent le risque d'une violation des droits fondamentaux, et dont les interventions dans le cadre de la procédure décisionnelle communautaire risqueraient de nuire à la recherche des compromis politiques nécessaires. L'agence pourra con-

seiller les institutions, à leur demande; il ne lui revient pas de leur indiquer, de sa propre initiative, les éventuelles atteintes aux droits fondamentaux sur lesquelles leurs prises de positions risqueraient de déboucher.

On a également voulu éviter de confier à l'agence un rôle trop visible dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 7 du Traité sur l'Union européenne. Tel que modifié par le Traité de Nice à la lumière de la crise provoquée par la mise en quarantaine de l'Autriche à la suite de l'arrivée dans la coalition gouvernementale du Parti autrichien de la liberté (27), cette disposition prévoit que le Conseil peut, avant de faire le constat qu'il existe dans un Etat membre un risque clair de violation grave des principes sur lesquels l'Union est fondée, demander un rapport à des personnalités indépendantes. La proposition initiale de la Commission était que l'Agence puisse mettre ses compétences techniques à la disposition du Conseil lorsque ce dernier recourt à cette possibilité et fait appel aux compétences techniques de l'Agence (28). Le service juridique du Conseil ayant fait part de ses doutes quant à l'existence d'une base juridique pour confier une telle mission à l'Agence (29), et la Commission ayant affirmé qu'en fait la disposition proposée était essentiellement déclaratoire, ne faisant que clarifier le fait que le Conseil pouvait faire appel à l'Agence dans le cadre de l'exercice des pouvoirs qu'il exerce en vertu de l'article 7, § 1^{er}, du Traité sur l'Union européenne (30), il a été décidé de prendre la Commission au mot et — sans mentionner l'article 7 dans le corps du règlement créant l'Agence — de faire figurer cette possibilité dans une déclaration annexe. Il était de toute manière acquis, dès le stade des propositions de la Commission, que l'Agence ne se verrait pas confier le rôle — assumé d'une certaine manière, quoiqu'avec des moyens beaucoup plus limités, par le réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux — de surveiller la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres, dans toute situation quelconque et non seulement en rapport avec la mise en œuvre du droit communautaire, de manière à pouvoir attirer leur attention sur l'existence éventuelle d'un risque au sens de l'article 7, § 1^{er}, du Traité sur l'Union européenne, afin de leur permettre d'exercer les pouvoirs que cette disposition leur confie. Ce choix s'explique parfaitement. Il permet de ménager la

(24) Proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et proposition de décision du Conseil autorisant l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne à exercer ses activités dans les domaines visés au titre VI du Traité sur l'Union européenne, COM (2005) 280 final du 30 juin 2005, p. 2 (« Outre un cadre législatif adapté, il faut aussi prévoir à cet effet des structures appropriées et allouer des ressources suffisantes »).

(25) Ces institutions sont créées conformément à des principes concernant le statut et le fonctionnement des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, dits « Principes de Paris », qui ont d'abord été élaborés lors d'une rencontre organisée à Paris par le Centre des droits de l'homme des Nations unies et la commission nationale consultative des droits de l'homme, puis approuvées par la commission des droits de l'homme en mars 1992, (rés. 1992/54) et par l'Assemblée générale des Nations unies (rés. A/RES/48/134 du 20 décembre 1993). Parmi les attributions que les Principes de Paris prévoient de reconnaître aux institutions nationales des droits de l'homme, figure celle de fournir à titre consultatif aux autorités concernées, « soit à la demande des autorités concernées, soit en usant de sa faculté d'autosaisine, des avis, recommandations, propositions et rapports concernant toutes questions relatives à la promotion et à la protection des droits de l'homme » et portant notamment sur « les cas de violations des droits de l'homme dont elles décideraient de se saisir ».

(26) Cette même disposition précise en outre que ces conclusions, avis, et rapports de l'agence « ne portent pas sur la légalité des actes au sens de l'article 230 du Traité, ni sur la question de savoir si un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du Traité au sens de l'article 226 ».

(27) Sur cet épisode, voy. M. Merlingen, C. Muddle and U. Sedelmeier, « The Right and the righteous? : European norms, domestic politics and the sanctions against Austria », 39 *J.C.M.S.* 59 (2001); M. Happold, « Fourteen against One : The EU Member States' Response to Freedom Party Participation in the Austrian Government », 49 *International and Comparative Law Quarterly* 953 (2000); et E. Bribosia, O. De Schutter, T. Ronse and A. Weyembergh, « Le contrôle par l'Union européenne du respect de la démocratie et des droits de l'homme par ses Etats membres : à propos de l'Autriche », *J.T.D.E.*, 2000, pp. 61-65. Sur l'insertion de l'article 7, § 1^{er}, U.E., voy. G. de Búrca, « Beyond the Charter : How Enlargement has enlarged the Human Rights Policy of the EU », in O. De Schutter et S. Deakin (éd.), *Social Rights and Market Forces : Is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 245-278, ici pp. 259-262.

(28) Article 4, § 1^{er}, e, de la proposition initiale du 30 juin 2005.

(29) Conseil de l'U.E., doc. 13588/05JUR 425 JAI 363 COHOM 36 (26 octobre 2005).

(30) Note de la Commission au Groupe de travail *ad hoc* du Conseil sur les droits fondamentaux et la citoyenneté, Conseil doc. 14702/05, JAI 437, CATS 75, COHOM 38 COEST 202 (18 novembre 2005), §§ 46-52.

(19) Traité de Nice modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Nice le 26 février 2001, *J.O.* C 80 du 10 mars 2001, p. 1.

(20) Communication de la Commission « Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission - Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux », COM (2005) 172 final du 27 avril 2005.

(21) Lignes directrices concernant l'analyse d'impact, SEC (2005) 791, 15 juin 2005.

(22) Communication de la Commission sur l'analyse d'impact, COM (2002) 276 final du 5 juin 2002.

(23) Un rapport spécifique a ainsi été établi à cette fin, à la demande de la Commission européenne (D.G. Justice, liberté et sécurité), par l'*European Policy Evaluation Consortium* (EPEC) (voy. EPEC, « The Consideration of Fundamental Rights in Impact Assessment », *Final report*, décembre 2004).

susceptibilité du Conseil de l'Europe, en limitant le danger d'un recoupement trop important entre les missions de l'Agence et celles des organes de contrôle existant au sein du Conseil de l'Europe. En outre, confier une telle mission à l'Agence aurait pu conduire à introduire entre les Etats membres davantage de méfiance que de confiance, si d'aventure l'Agence avait adopté une position trop avancée sur ce qui peut constituer un « risque clair de violation grave » des principes sur lesquels est fondée l'Union, pouvant justifier que les institutions manifestent leur préoccupation. Il n'y a donc lieu ni de s'étonner de l'issue du débat, ni de la regretter.

B. — Contribuer à un apprentissage collectif en matière de droits fondamentaux

A défaut de disposer d'un mandat robuste sur le plan du contrôle, l'Agence peut constituer un mécanisme favorisant un apprentissage collectif parmi les Etats membres, en assurant la comparaison de leurs expériences respectives dans le domaine des droits fondamentaux et en permettant d'identifier et, si possible, de diffuser les meilleures pratiques. Cette idée était clairement présente dans les propositions avancées par la Commission le 30 juin 2005. Dans l'étude d'impact approfondie jointe à ses propositions, la Commission justifiait la création de l'Agence par le fait que « même si les Etats membres ont développé différentes stratégies, politiques et mécanismes en matière de respect et d'intégration des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit et des politiques de l'Union, il y a lieu de relever l'absence d'une observation systématique de la manière dont agissent les Etats membres. Une telle absence représente une opportunité manquée : le potentiel qu'offre le partage des expériences et des bonnes pratiques n'est pas exploité » (31).

Les fonctions de « contrôle » et d'« apprentissage collectif » ne sont pas toujours clairement distinctes l'une de l'autre, puisque le type d'évaluation nécessaire pour garantir la confiance mutuelle entre les Etats membres (qui relève de la fonction de contrôle) est justifié par la nécessité de vérifier non seulement que les autorités nationales respectent certaines normes minimales — celles qui figurent dans la Charte des droits fondamentaux de l'U.E., et celles qui sont considérées comme faisant partie des principes généraux de droit auxquels l'Union doit se conformer — mais aussi que n'apparaissent pas entre les Etats membres des divergences trop importantes dans la mise en œuvre de ces valeurs communes. Selon cette interprétation des exigences de la confiance mutuelle qui doit exister entre les Etats membres dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, cette confiance peut être remise en cause non seulement lorsqu'un Etat membre viole des droits fondamentaux et rend ainsi impossible la coopération avec ses autorités judiciaires, administratives ou policières tout comme la reconnaissance de ses règles nationales ou de ses décisions de justice dans les domaines où la reconnaissance mutuelle devrait s'imposer : elle serait également remise en question en présence d'approches par trop divergentes, c'est-à-dire dans des situations où le niveau de protection offert dans un Etat membre serait manifestement supérieur à celui

offert dans un autre Etat membre, et cela même si le niveau inférieur de protection offert dans ce dernier Etat respecte les exigences minimales de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. ou d'autres instruments pertinents. C'est, par exemple, l'idée sous-jacente que l'on retrouve dans une communication où la Commission offre son interprétation de l'article 7 du Traité U.E. et précise à cet égard que le réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux « a aussi une fonction préventive essentielle dans la mesure où il peut alimenter la réflexion sur la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ou alerter les institutions sur des évolutions divergentes des standards de protection entre les Etats membres qui pourraient aboutir à rompre la confiance mutuelle sur laquelle se fondent les politiques de l'Union » (32). Cet objectif de surveillance de la situation des droits fondamentaux dans l'Union ressemble à celui qui avait précédemment justifié l'attribution d'une fonction similaire au groupe de travail sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, auquel il revient notamment d'attirer l'attention de la Commission sur l'évolution divergente des standards de protection en matière de traitements de données à caractère personnel (33). Son originalité réside dans le fait qu'elle va au-delà des deux rôles décrits plus haut — « contrôle » et « apprentissage collectif » — et qu'elle conduit à une forme de surveillance qu'on peut qualifier d'« orientation », puisqu'elle peut influencer l'exercice par l'Union de ses pouvoirs pour la réalisation des droits fondamentaux.

C. — Orienter la politique des droits fondamentaux

La fonction d'« orientation » que remplit le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres voit dans un tel *monitoring* un outil de nature à permettre à l'Union d'exercer de manière informée ses compétences dans le domaine des droits fondamentaux, en conformité avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité (34). Un certain nombre de compétences ont été conférées à l'Union, permettant ainsi à l'U.E. de développer une politique des droits fondamentaux. Ces compétences ne sont pas des compétences exclusives. Elles sont partagées entre l'Union ou la Communauté et les Etats

membres. Par exemple, l'article 13 du Traité CE prévoit que le Conseil unanime peut « prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Sur cette base ont été adoptées les directives de 2000 (35) et de 2004 (36) qui ont permis l'émergence d'un droit communautaire de l'égalité de traitement, au-delà du domaine traditionnel de l'égalité entre les femmes et les hommes en matière professionnelle. Sur la base de l'article 18 du Traité CE, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (37). C'est en vertu des articles 63 et 64 du Traité CE, consacrées au développement par l'Union de mesures en matière d'asile et d'immigration, que le Conseil a adopté, par exemple, la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (38) et la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres (39). On pourrait multiplier les exemples (40).

La division floue des compétences entre l'Union ou la Communauté et les Etats membres suppose que l'on détermine, en conformité avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité, à quel niveau l'amélioration de la protection des droits fondamentaux peut être la plus efficace. En effet, l'exercice par l'Union des compétences qu'elle partage avec les Etats membres afin de préserver les droits de l'homme doit être guidé par l'information sur les évolutions en cours dans les Etats membres en termes de législation et de pratiques nationales et par la question de savoir si ces évolutions peuvent déboucher sur l'émergence de normes divergentes au sein de l'Union, ce qui nécessiterait une meilleure

(35) Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.* L 180 du 19 juillet 2000, p. 22; directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.* L 303 du 2 décembre 2000, p. 16.

(36) Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services, *J.O.* L 373 du 21 décembre 2004, p. 37.

(37) Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *J.O.* L 158 du 30 avril 2004, p. 77.

(38) Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *J.O.* L 251 du 3 octobre 2003, p. 12.

(39) Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, *J.O.* L 31 du 6 février 2003, p. 18.

(40) Sur les possibilités de développer une politique des droits fondamentaux à partir des bases juridiques existantes dans les traités européens, voy. O. De Schutter, « The Implementation of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination », in O. De Schutter et S. Deakin (éd.), *Social Rights and Market Forces - Is the open coordination of employment and social policies the future of Social Europe?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 279-343.

(31) SEC (2005) 849 du 30 juin 2005 (traduction libre).

(32) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'article 7 du Traité sur l'Union européenne « Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée », COM (2003) 606 final du 15 octobre 2003, p. 10. Ceci reprend une formulation apparue d'abord dans le premier rapport du réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, portant sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002.

(33) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.* L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

(34) Article 5 du Traité CE, rendu applicable aux activités de l'Union européenne par l'article 2, alinéa 2, du Traité U.E.

coordination. Une telle situation plaide en faveur d'une surveillance de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres qui identifierait, de manière systématique, dans quels domaines une action unilatérale de la part des Etats membres ne parviendrait pas à atteindre les objectifs d'un marché intérieur et d'un espace de liberté, de sécurité et de justice où les droits de l'homme sont pleinement respectés, et dans quels domaines une initiative de l'Union pourrait permettre de mieux réaliser cet objectif.

On relèvera cependant qu'un *monitoring* des droits fondamentaux dans l'Union européenne, afin de pouvoir remplir cette troisième fonction, ne peut évidemment pas se limiter à examiner la prise en compte des droits fondamentaux par les Etats membres dans la seule mise en œuvre du droit de l'U.E. : s'il s'agit d'identifier là un besoin d'intervention communautaire se fait jour, l'on ne saurait se borner à examiner les mesures adoptées par les Etats là où pareille intervention a déjà eu lieu. Une division stricte entre ce qui s'inscrit dans le domaine d'application du droit de l'Union et ce qui lui est extérieur peut être défendable lorsque l'objectif consiste à surveiller si les institutions communautaires ou les Etats membres agissant dans le cadre du droit communautaire respectent les droits fondamentaux. Mais lorsque l'objectif consiste à identifier où l'Union peut être confrontée à la nécessité d'agir et donc potentiellement d'élargir son champ d'action, une telle séparation cesse d'être praticable. La limite doit au contraire être sans cesse redéfinie, en fonction de circonstances changeantes et de ce que requiert une protection effective des droits fondamentaux dans l'Union.

Or, tant l'Agence des droits fondamentaux de l'Union que les réseaux d'experts auxquels elle pourra faire appel afin de lui fournir des données, n'auront à l'égard des Etats membres qu'un mandat limité à la mise en œuvre du droit communautaire : l'article 3, § 3, du règlement prévoit que l'agence « examine des questions relatives aux droits fondamentaux dans l'Union européenne et dans les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire ». Cette restriction importante au mandat de l'agence n'est nullement dictée par le choix de l'article 308 du Traité CE comme base juridique; elle s'explique plutôt, à la fois, par un souci de limiter le risque de double emploi avec le *monitoring* du Conseil de l'Europe, et par le souci des Etats, au demeurant parfaitement compréhensible, de ne pas surajouter aux nombreux mécanismes existants au plan universel comme au plan européen un nouveau mécanisme de contrôle de la compatibilité de leurs pratiques avec les droits de l'homme.

3

La structure de l'Agence

La question de la structure de l'Agence a été débattue de manière très approfondie au cours des travaux préparatoires. La Commission pouvait s'inspirer d'au moins deux modèles. Elle pouvait d'abord s'inspirer des agences européennes existantes — par exemple, d'une agence telle que la Fondation européenne pour l'amélioration des condi-

tions de vie et de travail (Dublin) (41). Mais en raison du mandat spécifique de l'Agence des droits fondamentaux, les institutions nationales chargées des droits de l'homme créées conformément aux principes des Nations unies (dits « Principes de Paris ») concernant le statut et le fonctionnement des institutions nationales pour la protection et la promotion des droits de l'homme ont également constitué une source d'inspiration (42). Les Principes de Paris auraient pu inspirer de deux manières la structure de l'Agence des droits fondamentaux. Une première interprétation aurait consisté à considérer la future Agence comme une institution pour la protection et la promotion des droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'Union, qui aurait pu chercher auprès des institutions nationales de protection des droits de l'homme qui existent dans les Etats membres son inspiration quant à l'identification des garanties de son indépendance, à la composition de ses organes et à la définition de ses pouvoirs et de ses méthodes de travail. Une seconde option aurait pu amener à concevoir l'Agence comme un organisme basé sur le réseau existant des institutions nationales de protection des droits de l'homme en Europe et agissant comme un forum où les institutions nationales existantes (ou les institutions équivalentes dans les Etats membres dépourvus d'institutions nationales au sens des Principes de Paris) pourraient échanger leurs expériences et travailler ensemble pour contribuer, au travers de rapports, de recommandations et d'avis, à améliorer la protection des droits fondamentaux dans l'Union (43). La structure de l'Agence, telle qu'elle a été proposée par la Commission le 30 juin 2005 — et qui comprend un conseil d'administration, un bureau exécutif, un directeur et un forum permettant un dialogue avec la société civile — a représenté un moyen terme entre ces deux interprétations, bien que la seconde voie prédomine (44).

Cette option, proposée par la Commission, a été largement préservée. En particulier, et bien que certaines délégations (notamment la France) aient suggéré que le conseil d'administration soit composé de représentants des Etats membres, c'est l'orientation suggérée initialement par la Commission — un conseil composé de personnes indépendantes, par exemple des directeurs d'institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme — qui a obtenu le plus large soutien : dans le règlement final, le conseil d'administration doit comporter vingt-sept personnalités indépendantes désignées par chaque Etat membre (45), une personnalité indépendante désignée par le Conseil de l'Europe, et enfin deux représentants de la

Commission. Un bureau exécutif sera composé de quatre membres du conseil d'administration, dont le président et le vice-président, ainsi que d'un représentant de la Commission européenne; la personnalité indépendante nommée par le Conseil de l'Europe ainsi que le directeur de l'Agence sont en outre autorisés à assister à ses réunions, mais sans droit de vote. En comparaison avec les propositions initiales de la Commission, ceci évite une surreprésentation de la Commission au sein de cette instance (la proposition initiale de la Commission prévoyait un bureau exécutif de quatre membres, dont les deux représentants de la Commission au sein du conseil d'administration), et préserve le degré de présence d'une personnalité du Conseil de l'Europe tel qu'il existe déjà dans le cadre de l'Observatoire de Vienne sur les phénomènes racistes et xénophobes. Enfin, bien que le Conseil n'ait pas suivi la suggestion du Parlement européen visant à inclure une référence spécifique au réseau des experts indépendants de l'U.E. sur les droits fondamentaux dans le règlement établissant l'Agence des droits fondamentaux (46), les discussions qui ont suivi au sein du groupe de travail *ad hoc* du Conseil ont conduit en outre à inclure au sein de l'Agence d'un comité scientifique de 11 membres dont le rôle est de veiller à ce que les rapports, avis et recommandations de l'Agence soient d'une bonne qualité scientifique et qu'ils reflètent une évaluation véritablement indépendante de la situation des droits fondamentaux.

La relation entre l'Agence et les organisations de la société civile doit être structurée par l'établissement d'une « plate-forme des droits fondamentaux », conçue comme un « réseau de coopération » constitué « d'organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme, de syndicats et d'organisations patronales, d'organisations socioprofessionnelles compétentes, d'Eglises, d'organisations religieuses, philosophiques et non confessionnelles, d'universités et d'autres experts compétents d'organisations et d'organes européens et internationaux », et qui « constitue un moyen d'échange d'informations et de mise en commun des connaissances » (article 10). La proposition initiale de la Commission était de créer un « Forum des droits fondamentaux » qui se réunirait chaque année. Cette idée n'a guère rencontré de soutien. En comparaison, la « plate-forme » telle qu'elle est définie dans les dispositions finalement adoptées représente un gain manifeste en termes d'efficacité.

4

Les rapports avec le Conseil de l'Europe

Une troisième question sur laquelle le débat s'était focalisé concernait la nécessité d'éviter le double emploi avec les activités des instances du Conseil de l'Europe, et plus généralement d'assurer une coopération et une

(41) <http://www.eurofound.eu.int/>.

(42) Sur ces principes, voy. ci-dessus, note 25.

(43) Pour une vue d'ensemble de la situation des institutions nationales de protection des droits de l'homme dans l'Union européenne, voy. l'avis du réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux relatif au rôle des institutions nationales de protection des droits de l'homme dans les Etats membres de l'Union européenne, avis 2004/1, mars 2004 (http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/avis/2004_1_en.pdf).

(44) Ce que reflète le paragraphe 20 du préambule du règlement portant création de l'Agence.

(45) En réalité, compte tenu de ce que la participation d'autres Etats, candidats ou pré-candidats à l'adhésion à l'Union européenne, est envisagée, ce nombre pourrait se monter à trente-quatre personnalités désignées par les Etats participant aux travaux de l'Agence : voy. ci-dessus, note 48.

(46) Rapport A6-0306/2006 sur la proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, rapporteur : Kinga Gál, 25 septembre 2006 (proposant une référence explicite au réseau à l'article 6 du règlement portant création de l'Agence).

coordination adéquates entre tous les organismes chargés d'intervenir dans le domaine des droits fondamentaux sur le territoire des Etats membres de l'Union. Ce sont les craintes exprimées par le Conseil de l'Europe (47) qui ont conduit à décider que l'Agence des droits fondamentaux ne surveillerait le respect de ces droits par les Etats membres que dans la mise en œuvre du droit communautaire, et que le secrétaire général du Conseil de l'Europe désignerait une personne indépendante pour siéger au conseil d'administration de l'Agence, qui aurait aussi le droit de participer aux réunions du bureau exécutif. De plus, et de nouveau pour dissiper certaines craintes liées à un chevauchement des mandats, l'autorité de l'Agence pour examiner la situation des droits fondamentaux dans les pays tiers a été sévèrement limitée. Les seuls pays, en dehors des Etats membres de l'U.E., qui font partie de la zone de compétence géographique de l'Agence sont les pays candidats (actuellement la Turquie, la Croatie et l'ancienne république yougoslave de Macédoine) et les pays précandidats, à savoir les pays de la région occidentale des Balkans dont la vocation naturelle est d'adhérer dans le futur à l'Union et pour lesquels la conclusion d'accords de stabilisation et d'association est vue comme un instrument les préparant à devenir des pays candidats (48). Enfin, le Conseil a autorisé l'ouverture de négociations avec le Conseil de l'Europe en vue de la conclusion d'un accord de coopération entre l'Agence et le Conseil de l'Europe, de manière à limiter au maximum le risque de double emplois et de garantir la synergie entre les deux organisations.

5

Le rôle de l'Agence dans le cadre de la coopération policière et judiciaire pénale

Un quatrième thème de débat concernait l'extension du mandat de l'Agence des droits fondamentaux aux questions relevant du

(47) Sur les craintes du Conseil de l'Europe de voir l'Agence des droits fondamentaux de l'Union concurrencer le travail accompli par les instances du Conseil de l'Europe, voy., entre autres, assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, résolution 1427 (2005) du 18 mars 2005 et le mémorandum du 8 septembre 2005, présenté par le secrétariat général du Conseil de l'Europe au vice-président de la Commission européenne chargé de la justice, de la liberté et de la sécurité, M. F. Frattini. Pour une étude plus complète, O. De Schutter, *The division of tasks between the Council of Europe and the European Union in the promotion and protection of Human Rights in Europe : Conflict, Competition and Complementarity*, janvier 2007, disponible sur www.cpdf.ucl.ac.be/cridho.

(48) Il s'agit de l'Albanie, de la Bosnie-Herzégovine, du Monténégro, et de la Serbie. Voy., en particulier, la déclaration adoptée à Thessalonique le 21 juin 2003, après le sommet U.E.-Balkans occidentaux (document 10229/03) (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/03/st10/st10229fr03.pdf>), et l'agenda de Thessalonique pour les Balkans occidentaux : « Progresser sur la voie de l'intégration européenne - Affaires générales et relations extérieures », 2.518^e session du Conseil, relations extérieures, Luxembourg, 16 juin 2003, adopté par le Conseil européen le 20 juin 2003 (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/03/st10/st10369fr03.pdf>). Les pays tiers concernés sont l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro et la Serbie, qui sont tous considérés comme des candidats potentiels.

« troisième pilier » du Traité sur l'Union européenne, consacré à la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale (titre VI du Traité U.E.). En dépit du caractère particulièrement sensible de ces domaines du point de vue des droits fondamentaux, certains Etats membres se sont opposés à la proposition de la Commission visant à permettre à l'Agence d'étendre ses compétences à ces matières. Le 30 juin 2005, celle-ci avait présenté à la fois une proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence des droits fondamentaux sur la base de l'article 308 du Traité CE et une proposition de décision du Conseil autorisant l'Agence des droits fondamentaux à exercer ses activités dans les domaines visés au titre VI du Traité sur l'Union européenne sur la base des articles 30, 31 et 34 U.E. Au lieu d'autoriser une telle extension des compétences de l'agence, une déclaration politique a été jointe au règlement adopté, prévoyant une clause de « rendez-vous » permettant un réexamen du mandat en 2009, « en vue de l'élargir éventuellement aux domaines de la coopération policière et judiciaire en matière pénale ». En outre, selon une autre déclaration du Conseil annexée au règlement, « les institutions de l'Union, dans le cadre du processus législatif et en tenant dûment compte des pouvoirs de chacune d'elles, peuvent toutes tirer parti, selon les besoins et sur une base volontaire, [...] également dans les domaines de la coopération policière et judiciaire en matière pénale » ; cette expertise « peu[t] aussi être utilis[ée] aux Etats membres qui souhaitent y faire appel lorsqu'ils mettent en œuvre des actes législatifs de l'Union dans ce domaine ».

Ainsi, les attributions de l'Agence ne s'étendent pas au-delà du droit communautaire, aux domaines de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale couvertes par le titre VI du Traité U.E. ; mais l'avenir est préservé. En outre, on peut s'attendre à ce que tout instrument « sensible » proposé dans le cadre du titre VI du Traité U.E. soit présenté à l'Agence pour avis, tant il sera politiquement difficile de justifier que l'on contourne l'Agence, dès lors en tout cas que celle-ci aura acquis une crédibilité suffisante par son indépendance — ce qui ne signifie pas irresponsabilité — et par la qualité de ses rapports. Finalement, même si l'Agence n'est pas chargée de préparer régulièrement des rapports sur des problèmes relevant du troisième pilier, l'évaluation des politiques menées par l'Union et les Etats membres dans ce domaine pourrait être effectuée par d'autres moyens — en particulier des mécanismes d'examen par les pairs, coordonnés et facilités par la Commission, sur la base des informations fournies par les Etats membres — comme la Commission l'a proposé en juin 2006 (49).

(49) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Évaluer les politiques de l'Union européenne en matière de liberté, de sécurité et de justice », COM (2006) 332 final du 28 juin 2006. Cette communication vise à systématiser l'évaluation dans ces domaines, au départ d'expériences encore parcellaires conduites dans le cadre d'instruments spécifiques ou de politiques définies. Pour une synthèse, voy. S. de Biolley et A. Weyembergh (éds.), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Bruxelles, Institut d'études européennes de l'U.L.B., 2006.

6

Conclusion

La création de l'Agence des droits fondamentaux, qui devrait être opérationnelle pour le début de 2008, ne constitue pas seulement une évolution institutionnelle. Il serait surprenant que sa mise sur pied n'ait pas pour effet de dynamiser de manière notable la politique des droits fondamentaux de l'Union européenne qui, de réactive et *ad hoc*, destinée principalement à éviter que des violations soient commises dans le domaine d'application du droit de l'Union, doit progressivement se faire proactive et systématique, en se posant la question de savoir comment le droit européen peut mieux contribuer à renforcer la protection des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres (50). Le degré élevé de participation à la consultation publique organisée par la Commission européenne a permis de mesurer les attentes considérables de l'opinion publique à l'égard de l'Union européenne sur un terrain, celui des droits fondamentaux, qui n'est pas son terrain d'origine, mais où elle a un rôle essentiel à jouer, et où elle peut puiser un supplément de légitimité. Il ne s'agit certes pas de substituer l'Union européenne au Conseil de l'Europe : comme il a été réaffirmé au sommet des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe en mai 2005, le Conseil de l'Europe demeure la principale organisation vouée à établir les standards de la protection des droits de l'homme sur le continent européen. Mais l'Union européenne n'est pas quant à elle, une organisation internationale parmi d'autres, dont les initiatives en matière de droits de l'homme contiendraient le risque de marginalisation du Conseil de l'Europe. Elle constitue un Etat fédéral en devenir, ainsi que l'illustre mieux qu'aucun autre phénomène l'évolution des rapports entre les Etats membres, caractérisés de manière croissante par la reconnaissance mutuelle et par les liens noués directement entre les autorités nationales, y compris judiciaires et policières. Le temps est venu d'en tirer les conséquences sur le plan de la gouvernance des droits fondamentaux en son sein. L'Agence des droits fondamentaux constitue, dans cette trajectoire encore longue, une étape essentielle.

Olivier DE SCHUTTER

Professeur

à l'Université catholique de Louvain (*)

(50) Sur ce thème, voy. O. De Schutter, « Les droits fondamentaux dans le projet européen - Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in O. De Schutter et P. Nihoul (éd.), *Une Constitution pour l'Europe - Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, pp. 81-117.

(*) L'auteur a été le coordinateur du réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux. Il s'exprime ici en son nom personnel.