

D'AMSTERDAM

Une impression d'extrême complexité se dégage du traité *modifiant le Traité sur l'Union Européenne* instituant les Communautés européennes, signé à Amsterdam. Ce n'est pas le projet de coordination des traités fondateurs qui suffira à rendre l'ensemble plus complexe. Ce n'est pas l'Union européenne qui a connu l'Union européenne. Ce n'est pas l'Union européenne qui a connu l'Union européenne. Ce n'est pas l'Union européenne qui a connu l'Union européenne.

ne saurait cacher les indéniables progrès réalisés de cette nouvelle étape du processus d'intégration européenne, qui caractérise l'intégration européenne, qui caractérise l'intégration européenne, qui caractérise l'intégration européenne.

ge, qui inaugure la collection de l'Institut d'études européennes de l'UCL, veut offrir à un public averti une critique du Traité. Il contient non seulement des actualités, présentées au sein d'un thème à Louvain-la-Neuve. Des juristes, des politistes, des économistes ont ici leurs analyses de certaines questions ou leurs réflexions sur l'avenir de la signature du Traité. Toutes s'articulent autour de cinq thèmes : les aménagements institutionnels, les droits fondamentaux, la définition des



LE TRAITÉ D'AMSTERDAM

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN



COLLECTION DE
L'INSTITUT D'ÉTUDES EUROPÉENNES

LE TRAITÉ D'AMSTERDAM

ESPOIRS ET DÉCEPTIONS

ÉTUDES COORDONNÉES PAR YVES LEJEUNE



§ 3. - *Les dispositions spécifiques à la citoyenneté européenne*

Force est de constater que le nouveau traité ne donne pas beaucoup plus de substance à ce concept.

Pourtant les projets et suggestions en vue d'enrichir son contenu ne manquaient pas : reconnaissance pleine et entière de la libre circulation des personnes, extension du droit de vote et d'éligibilité aux élections régionales, adoption de mesures destinées à faciliter la participation des citoyens de l'Union résidant dans un autre État membre à la vie politique de cet État, droit à la diversité de culture, droit à l'information de la part des autorités publiques, accès aux services d'intérêt général, élargissement du droit d'adresser des pétitions au Parlement européen, création d'un service volontaire humanitaire européen.

Un seul nouveau droit est reconnu, celui pour tout citoyen de l'Union d'écrire aux organes et institutions de l'Union dans l'une des langues de l'Union et de recevoir une réponse dans la même langue.

En conclusion, la portée des innovations d'Amsterdam en matière de droit des citoyens est très limitée. On cherche vainement la réelle plus-value qu'il a apporté, alors pourtant que ce thème était considéré comme un thème essentiel, devant permettre de rapprocher le citoyen d'une construction européenne qu'il comprend mal et pour laquelle il se sent encore très peu concerné.

LES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE TRAITÉ D'AMSTERDAM

PAR

OLIVIER DE SCHUTTER

CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT,
FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

SOMMAIRE

I.- ESPOIRS DÉÇUS

1. - *L'absence de coordination avec les instruments du Conseil de l'Europe : droits civils et politiques, droits sociaux fondamentaux, droit au respect de la vie privée*
2. - *L'accès à la justice communautaire*

II. - LES PROGRÈS ENREGISTRÉS À AMSTERDAM DANS LE DOMAINE DES DROITS DE L'HOMME

1. - *La révision de la structure en piliers et ses conséquences pour la garantie juridictionnelle du particulier*
2. - *L'affirmation des principes sur lesquels se fonde l'Union européenne*
3. - *La lutte contre les discriminations*

Les progrès réalisés par le traité d'Amsterdam sur le terrain des droits fondamentaux sont considérables. Les déceptions qu'on éprouve encore à sa lecture tiennent moins à la réalité de la situation où il nous laisse, qu'à l'étendue des espoirs que la Conférence intergouvernementale avait fait naître.

Nous allons d'abord mentionner deux sources principales de regrets (chapitre I^{er}). Ils concernent l'absence de tout rapprochement entre les dispositions du traité sur l'Union européenne révisé par le traité d'Amsterdam et les instruments correspondants adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe, d'une part ; l'absence de tout élargissement du droit d'accès des particuliers au juge communautaire, d'autre part. Classiquement envisagée à partir de la problématique de l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, la première question

est en réalité plus générale : elle fournit un angle à travers lequel analyser les avancées effectuées par le traité d'Amsterdam aussi bien dans le domaine des droits sociaux fondamentaux, que dans celui de la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Quant à la deuxième question, il importe de la distinguer de celle de l'étendue matérielle de la compétence du juge communautaire. Cette compétence est étendue de façon spectaculaire par le traité d'Amsterdam, et l'évolution sur ce point mérite d'être saluée. Plus contestable en revanche est le maintien de la restriction que l'article 173, al. 4, du TCE (nouvel article 230, al. 4) impose à la recevabilité des recours directs en annulation introduits par des particuliers contre des actes communautaires ayant une portée générale. C'est ce maintien seulement que nous discuterons dans le premier chapitre.

Mais ces regrets doivent être correctement compris. D'abord, si on les formule ici, c'est aussi parce qu'ils nous paraissent pouvoir être relativisés : c'est notamment à les mettre en perspective, et à en situer l'exacte importance, qu'on va s'attacher. Ensuite, ces regrets ne doivent pas masquer l'importance du trajet accompli par la Conférence intergouvernementale sur le terrain de la protection des droits fondamentaux : c'est à l'illustrer qu'on va consacrer le deuxième chapitre de la présente étude.

CHAPITRE I^{er}. — ESPOIRS DÉÇUS

SECTION 1^{re}. — *L'absence de coordination avec les instruments du Conseil de l'Europe : droits civils et politiques, droits sociaux fondamentaux, droit au respect de la vie privée*

La Conférence intergouvernementale ayant conduit à la signature du traité d'Amsterdam s'est ouverte à Turin, le 29 mars 1996, soit le lendemain de l'avis 2/94 rendu par la Cour de justice des Communautés européennes sur la question de l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de justice concluait dans son avis qu'« en l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales » (point 36) (1). L'on

(1) C.J.C.E., Avis 2/94 du 28 mars 1996, rendu en vertu de l'article 228, § 6, du TCE. Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Rec.*, p. I-1759.

pouvait espérer dès lors que les négociateurs créent cette compétence dont la Cour constatait l'inexistence, afin de rendre possible une adhésion que la doctrine, dans sa majorité, appelait de ses vœux – et qu'à tout le moins, ils rendent ainsi possible l'instauration d'un mécanisme préjudiciel entre la Cour de justice des Communautés et la Cour européenne des droits de l'homme, sur le modèle suggéré en doctrine par K. Lenaerts (2) et que les présidences italienne et irlandaise de l'année 1996 avaient chaque fois retenu comme constituant une piste de réflexion utile. Or le traité d'Amsterdam ne fait pas figurer les droits de l'homme parmi les objectifs de la Communauté européenne, qu'énumèrent les articles 2 et 3 du TCE. Il n'est du reste pas certain que cette simple adjonction aurait suffi, s'agissant de réaliser une adhésion que la Cour de justice a jugé revêtir une « envergure constitutionnelle », en raison du « changement substantiel du régime communautaire actuel de la protection des droits de l'homme » qu'elle entraînerait, qui dès lors « dépasserait (...) par sa nature les limites de l'article 235 » du TCE (3). L'issue du traité d'Amsterdam, conforme aux positions exprimées par les États membres dans le cadre de l'affaire 2/94 – certains États membres, le Royaume-Uni et l'Espagne en particulier, craignant les conséquences qui pourraient résulter de l'adhésion envisagée –, semble exclure pour longtemps l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme soit de la Communauté européenne, soit de l'Union européenne.

C'est là la manifestation la plus claire du premier regret que suscite le traité. Ce regret peut être formulé de façon très générale : tant dis que les droits de l'homme progressent dans l'ordre juridique communautaire, les liens que la Communauté européenne – ou a

(2) K. LENAERTS, « Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue », *E.L.Rev.*, 1991, p. 367, ici pp. 380-381.

(3) Voy. les pts 34 à 36 de l'avis 2/94 du 28 mars 1996, précité. Sur la question de savoir si l'adjonction de la protection des droits de l'homme parmi les missions et objectifs de la Communauté (art. 2 et 3 du traité C.E.) aurait suffi à conférer à la Communauté la compétence requise à cet effet, comp. la position que nous avons exprimée avec Y. Lejeune (O. De Schutter et Y. Lejeune, « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. À propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1996, pp. 555-606, ici pp. 600-601), qui est sceptique à cet égard, avec celle de P. Wachsmann (P. Wachsmann, « Les droits de l'homme », *R.T.D.E.* (numéro spécial consacré au traité d'Amsterdam), 1997, pp. 883-902, ici p. 883 ; mais le même auteur s'était exprimé avec davantage de nuances dans son commentaire de l'avis 2/94, où sa position est plus proche de la nôtre : P. Wachsmann, « L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *R.T.D.E.*, 1996, pp. 467-491, ici p. 479). L'avis 2/94 lui-même est ambigu à cet égard, à défaut de préciser quelle modification du traité de Rome serait requise afin que le juge communautaire puisse conclure à l'existence d'une compétence de la Communauté européenne à adhérer à la Convention européenne de sauvegarde.

fortiori l'Union européenne, à laquelle les négociateurs du traité d'Amsterdam n'ont pas cru utile de reconnaître la personnalité juridique – peut nouer avec l'extérieur, et spécialement avec le Conseil de l'Europe, demeurent tenus. Fort débattu depuis les premiers arrêts dans lesquels la Cour de justice fait figurer les droits fondamentaux, notamment ceux codifiés dans la Convention européenne des droits de l'homme auxquels une « signification particulière » est reconnue (4), parmi les principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect (5), la question de l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas ici la seule en cause. On peut en effet aborder sous le même angle aussi bien les avancées que le traité d'Amsterdam réalise dans le domaine des droits sociaux que celles qu'il fait dans la matière de la vie privée.

§ 1^{er}. – *La garantie des droits sociaux
dans l'ordre juridique communautaire
et dans la Charte sociale européenne*

Lors de la négociation de la Charte sociale européenne révisée – ouverte finalement à signature le 3 mai 1996 –, il avait été question d'insérer dans cet instrument un article L, visant à accorder au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le pouvoir d'inviter la Communauté européenne à adhérer à la Charte et de déterminer les modalités de son adhésion, sans devoir passer par l'adoption et la ratification d'un nouveau protocole additionnel. L'insertion de cette clause avait l'appui de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (6), favorable depuis 1989 à ce que le traité instituant la Communauté européenne non seulement fasse mention de la Charte sociale européenne – ce que fait à présent le traité d'Amsterdam (7) –, mais encore « fasse entrer ses droits et principes dans

(4) C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst AG c. Commission*, aff. Jtes 46/87 et 227/88, *Rec.*, p. 2919, ici p. 2923 (point 13).

(5) C.J.C.E., 12 novembre 1969, *E. Stauder c. Ville d'Ulm*, 29/69, *Rec.*, p. 419 ; C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, 11/70, *Rec.*, p. 1125 ; C.J.C.E., 14 mai 1974, *J. Nold*, 4/73, *Rec.*, p. 491.

(6) Voy. l'avis n° 185 (1995) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 15 mars 1995, § 6.

(7) Le premier alinéa de l'article 117 du TCE (nouvel article 136) se lit à présent : « La Communauté et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions ».

l'ordre juridique de la Communauté » (8). L'idée fut cependant écartée par le Comité des Ministres, ce qui augure mal de la perspective d'une adhésion de la Communauté européenne à la Charte sociale. Or sur ce plan encore, on peut voir une anomalie dans la coexistence, sans coordination entre eux, de deux systèmes européens visant en partie à la garantie des mêmes droits. Plusieurs des droits énumérés dans la Charte sociale révisée ont été inspirés directement par des directives émanant des Communautés européennes (9). Ils feront progressivement l'objet d'interprétations de la part du Comité d'experts indépendants. Parallèlement, exerçant les compétences à présent énumérées dans le chapitre relatif aux « Dispositions sociales » du titre « Politique sociale, éducation, formation professionnelle et jeunesse » du traité de Rome (10), la Communauté européenne va s'avancer sur le même terrain.

L'absence de coordination est ici d'autant plus regrettable pour deux raisons (11). Premièrement, en dépit de certaines références qu'elle y fait lorsqu'il s'agit de définir la signification de termes tels que « formation professionnelle » ou « égalité de rémunération » entre hommes et femmes, lorsque ces termes figurent dans le droit communautaire (12), la Cour de justice ne considère pas la Charte sociale européenne comme une source autonome du droit communautaire.

Une référence à la Charte sociale européenne figurait déjà dans le Préambule à l'Acte unique européen entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987. Le Protocole sur la politique sociale, annexé au traité de Maastricht sur l'Union européenne, n'y fait en revanche aucune allusion, se bornant à renvoyer à la charte communautaire de 1989.

(8) Voy. surtout le rapport de M. Foschi : *Rapport sur la Charte sociale du Conseil de l'Europe et l'éventuelle adhésion de la Communauté européenne*, doc. 6138, 31 octobre 1989, qui résume la position de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe au moment où, dans le cadre communautaire, était débattue l'opportunité d'une Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. Dans un avis du 22 février 1989, le Comité économique et social avait exprimé l'opinion que la Communauté européenne n'a pas à « inventer un nouvel instrument communautaire », mais à « faire entrer dans l'ordre juridique communautaire, avec les spécificités supranationales qui y sont attachées, des garanties sociales fondamentales ».

(9) Voy. les exemples cités par le Rapport explicatif à la Charte sociale européenne révisée, ainsi que par C. Perrin, « La Charte sociale révisée », *Rev. trm. dr. h.*, 1997, pp. 3-16, spéc. p. 11. L'on peut citer par exemple l'article 25 de la Charte sociale révisée, relatif au droit des travailleurs à la protection de leurs créances en cas d'insolvabilité de leur employeur, qui évoque la directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980, J.O.C.E., L 283, 20.10.1980 ; ou bien l'article 29 de la Charte sociale révisée, concernant le droit à l'information et à la consultation dans les procédures de licenciements collectifs, qui évoque la directive 92/56/CEE du 24 juin 1992 J.O.C.E., L 245, 26.8.1992, modifiant la directive 75/129/CEE du 17 février 1975, J.O.C.E., L 48, 22.2.1975.

(10) Articles 117 à 122 du TCE (art. 136 à 156 dans la nouvelle numérotation).

(11) Voy. généralement notre communication in : *La Charte sociale du XXI^e siècle*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, p. 162, spéc. pp. 170-173.

(12) C.J.C.E., 2 février 1988, *Vincent Blazot c. Université de Liège et al.*, 24/86, *Rec.*, p. 379, 403 (point 17) ; C.J.C.E., 15 juin 1978, *Defrenne c. Sabena* (« Defrenne n° 3 »), 149/77, *Rec.*, p. 1365 (point 28).

nautaire, au même titre soit que la Convention européenne des droits de l'homme, soit que d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré (13). Le gain que représenterait pour l'individu l'adhésion de la Communauté européenne à la Charte sociale européenne serait ainsi considérable, surtout si, surmontant la « présumption d'injusticiabilité » (14) qui continue de frapper les droits économiques et sociaux, la Cour de justice des Communautés devait accepter d'en faire application directement dans les litiges portés devant elle ou sur lesquels elle a à prendre position sur renvoi préjudiciel.

Deuxièmement, en raison des différences considérables qui subsistent entre les mécanismes de protection institués au sein de la Convention européenne des droits de l'homme et ceux dont bénéficie la Charte sociale européenne, il ne paraît pas que les objections opposées par la Cour de justice, dans son avis du 28 mars 1996, à l'utilisation de l'article 235 du TCE (nouvel article 308) pour réaliser l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, soient transposables dans ce contexte. Comme F. Sudre, P. van Dijk regrette ces différences, qui impliquent effectivement que la garantie internationale dont bénéficient les droits énumérés dans la Charte sociale européenne est moindre que celle apportée aux droits figurant dans la Convention européenne de sauvegarde (15). Mais dans le débat qui concerne l'établissement des relations entre le Conseil de l'Europe et la Communauté européenne, ces différences ne sont pas seulement négatives : elles semblent impliquer aussi que, l'adhésion de la Communauté à la Charte sociale européenne n'ayant pas l'« envergure constitutionnelle » de l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, le droit commun de l'article 235 du TCE pourrait fournir ici le fondement de la compétence internationale requise. Cet article prévoit que « 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

(13) Ainsi notamment du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : C.J.C.E., 18 octobre 1990, *M. Doudzi c. État belge*, C-297/88 et C-197/89, Rec., p. I-3763 (point 68) ; C.J.C.E., 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission*, 374/87, Rec., p. 3283, 3351 (point 31) ; C.J.C.E., 10 novembre 1993, *Otto BV c. Postbank NV*, C-60/92, Rec., p. 5683.

(14) F. Sudre, « Le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives », *R.G.D.I.P.*, 1996, p. 715.

(15) P. van Dijk, « The Only Realistic Option : Further Development ECJ Case Law on Basis ECHR and ESC », in : L. BETTEN & D. MAC DEVITT, *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, Kluwer, The Hague-London-Boston, 1996, pp. 49-52.

effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées ». Combiné avec la doctrine dite du parallélisme des compétences internes et externes de la Communauté (16), il semble permis d'en déduire que, dans la mesure même où la Communauté a exercé au plan interne des compétences dans le domaine des politiques sociales, elle doit se voir reconnaître la compétence externe d'adhérer à des instruments internationaux relatifs aux mêmes droits. Certes l'on ne peut s'exprimer sur ce terrain qu'avec prudence (17). Non seulement la validité de la doctrine dégagée par la Cour de justice sur ces questions dans son avis 1/94 du 15 novembre 1994, rendu à propos de la compétence de la Communauté européenne pour conclure l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (18), n'est plus certaine, l'avis 2/94 du 28 mars 1996 s'étant abstenu d'y faire une quelconque référence (19) ; mais au surplus, à défaut d'une identité entre les compétences de la Communauté européenne en matière sociale et le contenu de la Charte sociale européenne, la transposition de la doctrine du parallélisme des compétences interne et externe ne va pas de soi. Il suffit cependant ici de noter que, formulées à l'égard de l'hypothèse d'une adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, les difficultés d'ordre

(16) C.J.C.E., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil* (A.E.T.R.), 22/70, Rec., p. 265. La Cour affirme dans cet arrêt que la compétence pour la Communauté de conclure des accords internationaux « résulte non seulement d'une attribution explicite par le traité - comme c'est le cas des articles 113 et 114 pour les accords tarifaires et commerciaux et de l'article 238 pour les accords d'association - mais peut découler également d'autres dispositions du traité et d'actes pris, dans le cadre de ces dispositions, par les institutions de la Communauté » (point 16). La validité du principe ainsi énoncé a été réaffirmée à plusieurs reprises, et notamment dans l'avis 1/94 rendu à propos de la compétence de la Communauté pour conclure l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (TRIPS). Voy. C.J.C.E., 15 novembre 1994, Avis 1/94, Rec., p. I-5296 (la doctrine AETR est invoquée par la Cour aux pts 48 à 50 et aux pts 76 et 77 de son avis). Voy. sur ceci J. TEMPLE LANG, « The ERTA judgment and the Court's case-law on competence and conflict », *Y.E.L.*, 1986, p. 193 ; M. HILF, « The ECJ's Opinion 1/94 on the WTO - No Surprise, but Wise ? », *E.J.I.L./J.E.D.I.*, 1995, pp. 245-259 ; J. BOURGEOIS, « The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94 - An Echternach Procession », *C.M.L.Rev.*, 1995, pp. 763-787 ; A. MAUNU, « The implied external competence of the European Community after the ECJ Opinion 1/94 - Towards Coherence or Diversity ? », *L.J.E.I.*, 1995/2, pp. 115-128.

(17) Voy. sur cette question R. FAN, *The Relations Between the EC and International Organizations. Legal Theory and Practice*, Kluwer, The Hague-London-Boston, 1995. L'ouvrage n'a cependant pas pu tenir compte de l'avis 2/94 du 28 mars 1996.

(18) C.J.C.E., 15 novembre 1994, Avis 1/94, précité.

(19) O. DE SCHUTTER et Y. LEJEUNE, « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. À propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 571.

« constitutionnel » aperçues par la Cour de justice dans son avis 2/94 ne se retrouvent pas ici de manière aussi nette.

Il peut paraître quelque peu artificiel de faire figurer, dans une étude consacrée au traité d'Amsterdam, une réserve qui porte sur l'absence de coordination efficace entre la Communauté européenne et la Charte sociale européenne dans le domaine qui leur est commun. Si l'on doit se dire pessimiste quant à l'hypothèse d'une future adhésion de la Communauté européenne à la Charte sociale, ce n'est en effet pas parce que le TCE aurait échoué à investir la Communauté qu'il institue de la compétence externe nécessaire à cette fin : on vient de signaler les motifs pour lesquels, en dépit de l'absence d'une compétence explicitement attribuée à cet effet, l'adhésion de la Communauté européenne à la Charte sociale européenne pourrait être justifiée en vertu des compétences implicites que reconnaît l'ordre juridique communautaire. Et quant à la nécessité d'un protocole additionnel à la Charte sociale européenne pour que l'adhésion puisse avoir lieu – ce qui suppose la ratification par l'ensemble des États parties à la Charte sociale européenne pour que la Communauté européenne puisse en devenir Partie –, elle ne peut être imputée aux négociateurs de la Conférence intergouvernementale de Turin, mais au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Force est cependant de reconnaître le caractère stratégique que prend à présent la question de l'adhésion de la Communauté européenne à la Charte sociale européenne, en raison justement de ce que, sur le terrain des droits sociaux, le traité d'Amsterdam comprend davantage de bonnes intentions qu'il n'énumère des obligations juridiques concrètes (20). Le rapatriement au sein du TCE, moyennant quelques adaptations, de l'Accord sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht, ne s'est pas accompagné du saut qualitatif que certains avaient pu espérer : dans un tel contexte, l'absence de tout progrès sur le dossier de l'adhésion, en dépit de l'occasion qu'a représenté en 1994-1996 le processus de relance de la Charte sociale européenne, apparaît d'autant plus regrettable.

§ 2. – La garantie de la vie privée à l'égard des traitements automatisés des données à caractère personnel

C'est à deux endroits que le traité d'Amsterdam affecte la matière de la protection de la vie privée à l'égard des traitements automa-

(20) Dans le même sens, voy. P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 190-191.

tisés des données à caractère personnel. La première évolution résulte de l'intégration de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, que permet de réaliser un protocole annexé au traité sur l'Union européenne. Le titre IV de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990, relatif au Système d'information Schengen (S.I.S.), imposait à chaque Partie aux Accords de Schengen de garantir dans sa loi nationale un niveau de protection des traitements de données à caractère personnel au moins équivalent à celui prévu dans la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe (21) : aux termes de l'article 117 de la Convention d'application de Schengen, la transmission de données à caractère personnel ne peut avoir lieu entre Parties qu'une fois ces garanties nationales entrées en vigueur sur le territoire des États concernés par la transmission (22). En outre, l'autorité de contrôle commune, chargée de la fonction de support technique du S.I.S., doit exercer ses missions conformément à la Convention n° 108 (23). L'intégration de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne implique que le droit de l'Union européenne va renvoyer à la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe, dès l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (24).

La seconde évolution, quant à elle, ne concerne que les institutions de la Communauté européenne. L'article 286 du TCE révisé prévoit qu'à partir du 1^{er} janvier 1999, « 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 [TCE] ou sur la base de celui-ci » (25). Ainsi 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

(21) Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (S.T.E., n° 108), ouverte à signature à Strasbourg le 28 janvier 1981.

(22) Pour la Belgique, voy. la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (*Mon. b.*, 18 mars 1993, p. 5801).

(23) Art. 115, § 1^{er}, de la Convention d'application du 19 juin 1990.

(24) Voy. l'art. 2, § 1^{er}, du Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne.

(25) Art. 286, § 1^{er}, du TCE révisé (ex-article 213 B). Le § 2 du même article prévoit avant la date du 1^{er} janvier 1999 l'instauration d'un organe indépendant de contrôle « chargé de surveiller l'application desdits actes communautaires aux institutions et organes communautaires » et d'adopter, « le cas échéant, toute autre disposition utile ». Le texte finalement adopté reprend presque mot à mot le projet qui figurait déjà dans le document soumis par la présidence irlandaise au Conseil de Dublin (Adapter l'Union européenne dans l'intérêt de ses citoyens et la préparer pour le futur. Cadre général pour un projet de révision des traités (Dublin II), CONF 2500/96, décembre 1996, p. 10).

données à caractère personnel et à la libre circulation des données (26), va-t-elle s'imposer non seulement aux États membres, mais également aux institutions communautaires elles-mêmes. Il en va de même de la récente directive 97/66/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications (27).

Il est probable que le titre IV de la Convention d'application de Schengen, relatif au S.I.S., sera intégré au titre VI de l'Union européenne, demeurant ainsi à l'extérieur du cadre communautaire – telle étant la présomption, du reste, si aucune unanimité ne se dégage au Conseil pour faire choix d'une base juridique différente (28). Le nouvel article 286 du TCE (ex-article 213 B), quant à lui, ne concerne que ce dernier traité. Il n'y a dès lors normalement aucune concurrence à craindre entre les deux instruments – Convention n° 108 d'une part, directive du 24 octobre 1995 d'autre part –, dont les règles matérielles vont lier celle-là l'autorité de contrôle commune du S.I.S., celle-ci les institutions communautaires (29). En revanche, au niveau des États membres, la concurrence a bien lieu. Non seulement les quinze États membres de l'Union sont liés par la Convention n° 108 ; mieux, c'est le droit de l'Union européenne lui-même qui leur impose d'en respecter les normes matérielles. Or, la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 requiert de leur part des mesures de transposition : il s'explique ainsi, non seulement que la directive communautaire soit largement inspirée de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe – selon son exposé des motifs, les principes de la directive « précisent et amplifient » ceux de la Convention du 28 janvier 1981 (30) –, mais encore que l'interprétation qui en sera faite devra tenir compte, autant que possible, des exigences de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe et des avis rendus par le Comité consultatif que le chapitre V de la Convention institue.

(26) *J.O.C.E.*, n° L 281, 23.11.1995.

(27) Voy. la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, *J.O.C.E.*, n° L 315, 24.10.1996, et la directive publiée au *J.O.C.E.*, n° L 24, 30.1.1998. L'article 286 du TCE révisé (ex-article 213 B) devrait viser également d'autres instruments communautaires, tels notamment le Règlement 322/97 du Conseil, du 17 février 1997, relatif à la statistique communautaire, *J.O.C.E.*, n° L 52, 22.2.1997.

(28) Art. 2, § 1^{er}, al. 4, du Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, annexé au traité d'Amsterdam.

(29) L'article 3 de la directive du 24 octobre 1995 prévoit du reste déjà qu'elle ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel « mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire, telles que celles prévues aux titres V et VI du traité sur l'Union européenne ».

(30) Voy. le point 11 de l'Exposé des motifs.

La nécessité pratique de réaliser une telle coordination constitue un des motifs (31) qui a conduit la Commission européenne à demander au Conseil des Ministres de l'Union européenne de lui reconnaître le mandat de négocier l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention n° 108, de façon à aboutir à la conclusion d'un protocole additionnel à ladite Convention réalisant cette adhésion (32). Le caractère relativement restreint de l'objet d'une telle adhésion – le droit au respect de la vie privée des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel – explique sans doute que son projet n'ait pas soulevé les mêmes objections, ou réticences, que les adhésions envisagées à la Convention européenne des droits de l'homme ou à la Charte sociale européenne. Et pourtant les enseignements qui s'en dégagent méritent d'être soulignés. La nécessité d'une adhésion de la Communauté européenne à la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe s'est faite jour dès l'adoption en droit communautaire de la directive 95/46/CE, alors que par cette adoption, la Communauté exerçait une compétence interne, fondée sur l'article 100 A du TCE (nouvel article 95). La Commission européenne déduit de l'exercice de cette compétence interne l'existence d'une compétence externe dans le chef de la Communauté européenne, celle d'adhérer à un instru-

(31) On peut être plus complet sur l'utilité d'une telle adhésion. Premièrement, par l'adhésion, la Convention n° 108 ferait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire, à un niveau même supérieur à celui de la directive, ce qui permettrait à la Cour de Justice, le cas échéant, de garantir l'homogénéité avec la Convention de la directive du 24 octobre 1995. Non seulement cela évite que les États membres de l'Union, tous également Parties à la Convention n° 108, se trouvent placés face à des obligations internationales contradictoires ; l'avantage d'une telle homogénéité est en outre, dans la perspective de l'élargissement de l'Union à de nouveaux États, que les pays candidats à l'adhésion voient celle-ci facilitée par le respect des normes du Conseil de l'Europe qui les lient déjà : c'est ainsi le cas, aujourd'hui, de la Slovaquie, tandis que d'autres États parties à la Convention n° 108 seront liés à la directive 95/46/CE par leur adhésion à l'Espace économique européen (Islande, Norvège). Deuxièmement, l'adhésion de la Communauté, dès lors qu'elle manifesterait l'importance que la Communauté accorde à la protection des données à caractère personnel sur son territoire, faciliterait la circulation dans la Communauté des données en provenance d'États tiers, et ainsi le développement des flux internationaux de données personnelles. Troisièmement, l'exportation du modèle de protection de la vie privée à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel que constitue la directive 95/46/CE serait facilitée, si la Communauté encourageait par son adhésion le développement de la Convention n° 108 en un forum international visant la protection des droits des personnes dans un contexte de libre circulation des données. Une des particularités de la Convention n° 108 est en effet qu'elle est ouverte aux États non membres du Conseil de l'Europe : en y adhérant, la Communauté encouragerait ces États à suivre son exemple, et ainsi à contribuer à une harmonisation des règles relatives à la protection de la vie privée face aux progrès de la société de l'information.

(32) Le mandat de négociation a été obtenu en juillet 1997 ; fin 1997, le Comité consultatif de la Convention n° 108 a fait un accueil favorable à la suggestion de la Commission européenne. Les modalités de l'adhésion envisagée n'étaient cependant pas encore définitivement arrêtées au moment de la clôture de la présente étude.

ment international dont chacune des dispositions trouve un article correspondant dans la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995. Ainsi, au fur et à mesure que la Communauté européenne développera le champ de ses interventions, même au plan strictement interne, et même si le fondement de cette compétence interne ne concerne pas la protection des droits fondamentaux en tant que telle mais plutôt l'achèvement du marché intérieur, sa compétence internationale s'étendra parallèlement. L'on peut regretter que les négociateurs du traité d'Amsterdam n'aient pas abordé de face cette question. Mais l'exemple de la protection de la vie privée à l'égard des traitements automatisés de données à caractère personnel dans un contexte de libre circulation de celles-ci illustre, en même temps, que des coordinations renforcées entre la Communauté européenne et les instruments adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe pourraient résulter de l'exercice par la Communauté des compétences étendues qu'elle reçoit au plan interne, notamment afin d'éliminer les discriminations (33). Des évolutions ultérieures ne sont dès lors pas à exclure : elles le sont d'autant moins que la pratique s'est à présent établie au sein du Conseil de l'Europe de ménager, dans les nouveaux instruments qui y sont adoptés, la possibilité que la Communauté européenne y adhère comme Partie contractante (34).

§ 3. - Conclusion

« La Communauté établit avec le Conseil de l'Europe toutes coopérations utiles » : l'article 230 du TCE (nouvel article 303) fait partie, incontestablement, des dispositions les plus négligées qu'il contient. Les conséquences qui en résultent n'ont cependant pas le caractère dramatique qu'on leur prête parfois. D'abord, à mesure que la Communauté européenne exercera les compétences qui lui sont attribuées, sa participation aux instruments du Conseil de l'Europe s'imposera naturellement, y compris sous la forme d'une adhésion à ceux d'entre ces instruments qui la concernent à titre principal. Ensuite, la concurrence entre les deux ordres juridiques européens présente la vertu paradoxale d'inciter chacun d'eux à progresser,

(33) Art. 6 A du TCE (nouvel article 13) inséré par le traité d'Amsterdam : voy. ci-après.

(34) Voy. not., récemment, la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine), ouverte à la signature à Oviedo le 4 avril 1997 (S.T.E., n° 164), ainsi que le Protocole additionnel interdisant le clonage d'êtres humains, ouvert à la signature à Paris le 12 janvier 1998 (S.T.E., n° 168).

non seulement dans la même direction, mais encore au même rythme que l'ordre juridique concurrent.

Un tel phénomène semble s'attester notamment si l'on examine d'un peu plus près la dialectique nouée entre la jurisprudence communautaire relative aux droits fondamentaux en tant que principes généraux de droit communautaire, d'une part, et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part : soucieuse de ne pas être démentie par la Cour européenne des droits de l'homme lorsque cette juridiction ne s'est pas encore prononcée sur une question d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de justice a plutôt tendance à innover dans cette matière où, n'étant pas spécialiste, elle craint la leçon. Ainsi dans son arrêt *Niemietz* du 16 décembre 1992, dans lequel elle étend la garantie de l'article 8 de la Convention de façon explicite à la protection des locaux professionnels (35), la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle paru être influencée par l'arrêt rendu le 21 septembre 1989 dans l'affaire *Hoechst* par la Cour de justice, et où celle-ci, tout en excluant d'étendre le droit au respect du domicile aux locaux professionnels, a néanmoins jugé que « dans la sphère d'activité privée de toute personne », celle-ci doit être placée à l'abri des « interventions de la puissance publique » (36). De même dans son arrêt *Saunders* du 17 décembre 1996, où elle prolonge des arrêts de 1993 et du début de l'année 1996, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que « même si l'article 6 de la Convention ne le mentionne pas expressément, le droit au silence et - l'une de ses composantes - le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable » (37). Or le requérant *Saunders* se fondait notamment sur les jurisprudences *Orkem* et *Otto BV* de la Cour de justice, qui avaient d'abord dégagé ce prin-

(35) Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz* c. *Allemagne* du 16 décembre 1992, Série A n° 251-B. Voy. les obs. de P. LAMBERT & F. RIGAUX, « Perquisition au cabinet d'un avocat et droit au respect de la vie privée, de la correspondance et du domicile », *Rev. trim. dr. h.*, 1993, pp. 467-480.

(36) C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst AG* c. *Commission*, précité (point 19). Notre lecture de ces arrêts diffère de celle de P. Wachsmann, qui insiste au contraire sur ce qui les oppose : voy. P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 178, n. 8.

(37) Cour eur. D.H., arrêt *Saunders* c. *Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, § 68. On trouve déjà une même formulation dans les arrêts *John Murray* c. *Royaume-Uni* du 8 février 1996, § 45, ainsi que *Funke* c. *France* du 25 février 1993, Série A n° 256-A, § 44. Si la jurisprudence *Orkem* de la Cour de justice est évoquée dans le cadre de l'affaire *Funke*, elle n'est invoquée expressément par le requérant que dans l'affaire *Saunders*, en raison sans doute de la proximité de cette affaire, du point de vue de la question matérielle qui y était posée, avec le droit communautaire de la concurrence.

cipe (38). De même enfin, dans l'affaire *Konstantinidis* ayant donné lieu à son arrêt du 30 mars 1993, la Cour de justice était invitée par son avocat général à considérer que « le droit d'une personne à son nom est fondamental dans tous les sens du terme », alors que M. Jacobs estimait ne pouvoir fonder son affirmation sur aucune jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (39). Or c'est par après seulement que la Cour européenne des droits de l'homme a admis de suivre ce point de vue, estimant que, « En tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne (...) concerne (...) la vie privée et familiale de celle-ci (...) Que l'État et la société aient intérêt à en réglementer l'usage ne suffit pas pour exclure la question du nom d'une personne du domaine de la vie privée et familiale, conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables » (40). Ces différents exemples illustrent les virtualités positives d'une concurrence entre les deux Cours, assurant l'interprétation des mêmes normes matérielles.

(38) C.J.C.E., 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission*, 374/87, précité, p. 3351 (point 31); C.J.C.E., 10 novembre 1993, *Otto BV c. Postbank NV*, C-60/92, précité, p. 5683.

(39) Dans ses conclusions du 9 décembre 1992 prises dans l'affaire *Konstantinidis*, l'avocat général F. Jacobs suggérerait à la Cour, qui n'a pas senti la nécessité de se prononcer sur cet argument, de constater le caractère fondamental du « droit au nom ». Tout en constatant le silence de la Convention européenne des droits de l'homme sur cette question – même si, ainsi que la doctrine l'a noté, M.F. Jacobs aurait pu déjà prendre appui sur une jurisprudence émergente de ses organes de surveillance (voy. les obs., sous l'arrêt *Konstantinidis* de J.-Fr. F. LAUSS, « La protection de l'intégrité du nom par le droit communautaire », *Rev. trim. dr. h.*, 1994, p. 444, ici pp. 465-467) –, l'avocat général estime « qu'il devrait être possible, par le biais d'une interprétation large de l'article 8 de la Convention, de considérer que cette dernière protège effectivement le droit de l'individu de s'opposer à une ingérence injustifiée dans son nom » (point 41 des concl.). Les conclusions se terminent par cette considération, qui atteste la volonté déléguée de son auteur d'anticiper sur la jurisprudence de Strasbourg : « Quant à l'éventualité de décisions contradictoires sur l'interprétation de la Convention, elle existe depuis que la Cour [de justice] a reconnu la possibilité d'invoquer la Convention dans le cadre du droit communautaire. Cette possibilité n'a apparemment pas causé de problème sérieux. Il serait de toute façon paradoxal que l'existence de la Convention et le système instauré par elle aient pour effet de réduire la protection accordée par le droit national ou le droit communautaire » (point 51). Voy. concl. du 9 déc. 1992 préc., C.J.C.E., 30 mars 1993, *Konstantinidis c. Stadt Altensteig et al.*, C-168/91, Rec., p. I-1191.

(40) Cour eur. D.H., arrêt *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, Série A n° 280-B, § 24; voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Sjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994, Série A n° 299-B, § 37. Alors qu'ils prennent appui sur le droit international des droits de l'homme, et notamment sur les instruments cités par les conclusions rendues par l'avocat général F. Jacobs dans l'affaire *Konstantinidis* portée devant la Cour de justice, les arrêts *Burghartz* et *Sjerna* ne mentionnent pas ces conclusions. Il est vrai que, l'arrêt de la Cour de justice du 30 mars 1993 n'ayant pas évoqué cet aspect, l'autorité de ces conclusions n'était pas particulièrement forte.

La potentialité d'un conflit entre des interprétations divergentes qui seraient faites, par les deux juridictions européennes, des mêmes dispositions de la Convention européenne dont elles assurent l'application, peut ainsi stimuler l'inventivité du juge communautaire, lorsqu'il échoue à trouver des balises claires dans la jurisprudence de Strasbourg. Certes, tel n'est pas toujours le cas. Ainsi dans l'affaire *S.P.U.C. v. Grogan* (41), le risque de contradiction n'a été évité qu'en raison de ce que la Cour de justice est parvenue à éviter de répondre à la question – celle de la compatibilité avec la liberté d'expression de la restriction imposée par les juridictions irlandaises à la diffusion d'informations relatives aux possibilités d'interruption médicale de grossesse à l'étranger – à laquelle l'avocat général W. van Gerven, pour sa part, pensait pouvoir apporter une réponse négative, alors que la Cour européenne des droits de l'homme sera amenée à en juger différemment dans son arrêt *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande* du 29 octobre 1992 (42). Et surtout, la situation actuelle est celle d'un renvoi, par la médiation des principes généraux du droit communautaire, à des normes matérielles, celles de la Convention européenne des droits de l'homme, sur l'évolution desquelles le point de vue proprement communautaire n'exerce aucune influence. C'est dans cette perte de maîtrise que gît peut-être l'argument le plus puissant, au moins sur un plan politique, pour que l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme soit une fois encore relancée.

SECTION 2. – L'accès à la justice communautaire

Dans son Rapport de mai 1995 sur certains aspects de l'application du traité sur l'Union européenne, la Cour de justice notait : « L'on peut (...) se demander si le recours en annulation prévu par l'article 173 du TCE et par les dispositions correspondantes des

(41) C.J.C.E., 4 octobre 1991, *The Society for the Protection of the Unborn Children Ltd. c. Stephen Grogan et al.*, 159/90, Rec., p. 4685. Voy. les obs. de Fr. RIGAUX, « La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse, une liberté économique selon le droit communautaire », *Rev. trim. dr. h.*, 1992, p. 57 ; D. Sacco et A. Brown, « Regulation of Abortion in the European Community », 33 *Harv. Int'l L. J.* 291 (1992) ; N. LAWSON, « Europese rechters en het Ierse abortusverbod », *N.J.C.M.*, vol. 17, 1992, p. 47 ; D. CURTIN, Casenote, *C.M.L.Rev.*, 1992, p. 585 ; et la note de H. GAUDEMET-TALLOU, *R.T.D.E.*, 1992, p. 167.

(42) Cour eur. D.H., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992, Série A n° 246. Voy. les obs. de Fr. RIGAUX, « La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse et la liberté d'expression », *Rev. trim. dr. h.*, 1993, p. 345 ; et de Fr. SUPRE, « L'interdiction de l'avortement, le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme », *R.F.D.C.*, 1993, n° 16, pp. 216-222.

autres traités qui n'est ouvert aux particuliers qu'à l'égard des actes qui les concernent directement et individuellement est suffisant pour leur garantir une protection juridictionnelle effective contre les atteintes à leurs droits fondamentaux pouvant résulter de l'activité législative des institutions » (point 20). Elle semblait ainsi rejoindre une doctrine majoritaire qui, à la suite des premiers travaux de M. Fromont, G. Rasquin et R.-M. Chevallier, regrette depuis les arrêts de 1962-1963 *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes* (43) et *Plaumann* (44) les limites mises à la recevabilité des recours en annulation introduits par les particuliers contre les actes communautaires ayant une portée générale (45).

Si l'utilité d'un élargissement des conditions du recours en annulation introduit par le particulier est généralement admise, les modalités qu'il devrait prendre ne sont pas toujours comprises de façon identique. La formulation choisie par la Cour de justice pour exprimer sa préoccupation à cet égard indique que sa préférence irait à un recours limité à la protection des droits fondamentaux, sur le modèle du *Verfassungsbeschwerde* prévu à l'article 93, § 4, de la Loi fondamentale allemande. C'est là aussi ce qu'avait envisagé la

(43) C.J.C.E., 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes* et al. c. Conseil de la CEE, aff. jtes 16 et 17/62, Rec., VIII (1962), p. 901, ici pp. 917-918.

(44) C.J.C.E., 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. c. Commission*, 25/62, Rec., p. 197.

(45) 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.T.D.E.*, 1966, pp. 47-65 ; G. RASQUIN & R.-M. CHEVALLIER, « L'article 173, al. 2, du traité C.E.E. », *R.T.D.E.*, 1966, pp. 31-46. On peut citer dans la doctrine plus récente en faveur d'une extension de la recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs de portée générale : 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, pp. 191-198 ; R. KOVAR & A. BARAV, « Le recours individuel en annulation », *C.D.E.*, 1976, p. 68 ; H. RASMUSSEN, « Why is Article 173 Interpreted against Private Plaintiffs ? », *E.L. Rev.*, 1980, pp. 112-127 ; R.M. GREAVES, « Locus Standi under Article 173 When Seeking Annulment of a Regulation - 10 years on », *E.L. Rev.*, 1994, pp. 636 et s. ; P. CRAIG, « Legality, Standing and Substantive Review in Community Law », *Oxford Journ. Legal Studies*, 1994, pp. 507-537 ; A. ARNULL, « Private Applicants and the Action for Annulment under Article 173 of the EC Treaty », *C.M.L. Rev.*, 1995, pp. 7-49 ; D. WAELBROECK 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 Convention européenne des droits de l'homme », *C.D.E.*, 1995, pp. 440-441 ; G. VANDERSANDEN, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *C.D.E.*, 1996, pp. 535-552 ; N. NEUWÄHL, « Article 173, Paragraph 4 EC : past, present and possible future », *E.L. Rev.*, 1996, p. 17 ; F. SCHOCKWEILER, « L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire », *J.T.D.E.*, 1996, pp. 1-8. En revanche, conteste la nécessité d'une révision de l'article 173, al. 4, du TCE sur ce point : P. NIHOUL, « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale », *R.T.D.E.*, 1994, pp. 171-194.

présidence irlandaise du second semestre 1996, le recours du particulier contre des actes communautaires de portée générale devant se trouver limité à la protection de ses droits fondamentaux (46). D'autres imaginent un recours général, visant à faire sanctionner toute illégalité figurant dans un acte communautaire de droit dérivé, qu'elle conduise à une violation des droits fondamentaux ou non, et à la seule condition que le requérant ait un intérêt à agir contre l'acte qu'il conteste. Certains ont été jusqu'à suggérer que le traité reconnaisse le recours en annulation dans l'intérêt collectif, introduit par des personnes morales en vue de la protection de leur objet social, ce qui aurait abouti à une décentralisation considérable de la mission de surveillance du traité que celui-ci confie encore essentiellement à la Commission européenne et aux États membres.

Le traité d'Amsterdam n'a pas suivi ces suggestions. L'idée d'une interdépendance des voies de recours prévues dans l'ordre juridique communautaire, qui implique que les insuffisances de telle voie de recours peuvent être compensées par les virtualités de telle autre – et notamment : les restrictions qui s'attachent aux recours directs en annulation par les particuliers compensées par la possibilité de mettre en cause la validité de l'acte communautaire dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité –, l'emporte ainsi sur l'idée que, la Communauté européenne étant une « communauté de droit », aucune illégalité ne saurait subsister en raison unique des restrictions qui s'attachent à la compétence du juge communautaire (47). L'absence de tout progrès sur ce point est à relier à la circonstance que les négociateurs ont buté sur la question de la hiérarchie des normes communautaires, en dépit de l'engagement pris à Maastricht (48). En effet, parmi les auteurs qui ont critiqué la compréhension restrictive du *locus standi* dans le chef de la Cour de

(46) Conference of The Representatives of the Governments of the Member States, Presidency Suggested Approach, 8 octobre 1996, CONF/3945/96, p. 4.

(47) Dans le même attendu où apparaît l'idée que « la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité », figure l'affirmation que le traité a établi « un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions » (C.J.C.E., 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, 294/83, Rec., p. 1339, ici p. 1365 (point 23)). Ainsi la jurisprudence communautaire contribue-t-elle à créer l'ambiguïté qui a permis d'ignorer les appels à un élargissement des conditions de recevabilité du recours en annulation introduits par le particulier.

(48) Annexée au traité de Maastricht sur l'Union européenne, la Déclaration relative à la hiérarchie des actes communautaires notait : « La conférence convient que la conférence intergouvernementale qui sera convoquée en 1996 examinera dans quelle mesure il serait possible de revoir la classification des actes communautaires en vue d'établir une hiérarchie appropriée entre les différentes catégories de normes ».

justice, plusieurs formulent leur critique au terme d'une comparaison avec les possibilités qu'ont les particuliers, dans les droits nationaux des États membres, d'attaquer les règlements administratifs (49). D'autres ont rejeté l'utilité d'une telle comparaison, estimant que les règlements communautaires devaient plutôt s'analyser en termes de lois, et le contentieux de l'annulation les concernant au contentieux constitutionnel (50). L'établissement d'une distinction, parmi les actes communautaires présentant une portée générale, entre les instruments de caractère législatif qualifiés parfois de « règlements-cadres » ou « règlements de base » et les instruments de type exécutif, aurait contribué à ouvrir une discussion sur les conditions auquel le recours en annulation du particulier peut être reçu par le juge communautaire.

CHAPITRE II. — LES PROGRÈS ENREGISTRÉS À AMSTERDAM DANS LE DOMAINE DES DROITS DE L'HOMME

Les déficits qu'on vient de signaler ne doivent pas obscurcir les progrès, très appréciables, accomplis par les négociateurs d'Amsterdam en vue d'une amélioration de la protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire. Trois avancées principales sont à signaler.

(49) Voy. not. E. STEIN & J. VINING, « Citizen Access to Judicial Review of Administrative Action in a Transnational and Federal Context », *A.J.I.L.*, 1974. L'analogie qu'il puise au droit administratif américain m'encourage à situer aussi parmi ces auteurs A. ARNULL (A. ARNULL, « Private Applicants and the Action for Annulment under Article 173 of the EC Treaty », *op. cit.*) ; et D. WAELEROECK 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 Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* À la question de savoir « si les conditions de recevabilité ne devraient pas néanmoins être quelque peu plus strictes pour les actes qui pourraient être qualifiés de législatifs que celles qui prévalent pour les actes ayant un caractère purement réglementaire » (p. 436), ces auteurs répondent en proposant que, pour les actes de la première catégorie, les recours soient « limités à la violation de droits véritablement 'constitutionnels' comme les droits fondamentaux ou aux cas posant des questions de principe importantes » (p. 439).

(50) Selon M. Fromont, ainsi, « les autorités communautaires exercent en fait un pouvoir mi-législatif, mi-réglementaire et le contrôle de conformité des règlements du traité est pratiquement équivalent à un contrôle de la constitutionnalité d'actes quasi législatifs » (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 », *op. cit.*, p. 50). R. Joliet cite avec approbation, dans le même sens, P. Pescatore (R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1981, p. 61). Il semble que l'on puisse attribuer la même opinion au juge F. Schockweiler : voy. F. SCHOCKWEILER, « L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, pp. 7-8.

Premièrement, si l'accès à la justice communautaire, entendu ici *sensu stricto* comme référant aux conditions de recevabilité des recours directs introduits devant le juge communautaire, est demeuré relativement fermé, la compétence de la Cour de justice a été en revanche étendue. Il s'agit là d'un aspect particulier d'un développement majeur qu'a fait effectuer le traité d'Amsterdam au traité sur l'Union européenne, consistant en la révision de la division en « piliers » héritée du traité de Maastricht. Nous y consacrons le premier chapitre de cette partie.

Deuxièmement, le traité d'Amsterdam érige le respect des principes sur lesquels est fondée l'Union européenne — l'article F, § 1^{er}, révisé (nouvel article 6, § 1^{er}) du TUE nous dit qu'il s'agit des « principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'état de droit, principes qui sont communs aux États membres » — en condition d'adhésion à l'Union, mais prévoit également la possibilité de sanctions envers les États membres de l'Union qui ne s'y conformeraient pas — plus exactement : qui se rendraient coupables d'une « violation grave et persistante » desdits principes —. La deuxième section de ce chapitre rappellera la portée de cette innovation. Certes, l'importance qu'il faut lui accorder demeure très relative, et il est certainement indu de la situer sur un même plan que l'extension de la compétence de la Cour de justice soit aux matières qui continuent de relever du « troisième pilier » de l'Union européenne (coopération policière et judiciaire en matière pénale), soit aux matières qui, alors qu'elles figuraient auparavant dans ce pilier, sont à présent rapatriées dans le pilier communautaire (nouveau titre IV du TCE : « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la circulation des personnes »). Il reste qu'il est logique de faire figurer l'une à la suite de l'autre deux modifications qui, quoique d'ordre institutionnel, marquent bien ce que P. Wachsman appelle l'« enrichissement » de la protection des droits de l'homme que réaliserait le traité d'Amsterdam.

Troisièmement, des progrès notables ont été faits à Amsterdam dans la matière de la non-discrimination. La section qu'on y consacrera permettra de boucler notre parcours. Nous étions partis de l'idée que la coordination de la politique des droits de l'homme conduite au plan communautaire avec les instruments et institutions du Conseil de l'Europe demeurerait insuffisante, pour ajouter immédiatement qu'en raison de la doctrine du parallélisme des compétences internes et externes, une telle coordination se trouverait facilitée à l'avenir par les avancées réalisées au seul plan communautaire. Le domaine de la lutte contre les discriminations pourrait

en constituer, après celui de la protection de la vie privée auquel il a déjà été fait allusion, une démonstration pour l'avenir.

SECTION 1^{re}. – *La révision de la structure en piliers
et ses conséquences pour la garantie juridictionnelle
du particulier*

Un des griefs majeurs faits à la structure issue du traité de Maasticht était que le contrôle exercé par la Cour de justice y demeurerait très insatisfaisant, surtout dans les matières sensibles que le titre VI du traité considérait comme des « questions d'intérêt commun » : asile, franchissement des frontières extérieures, politique d'immigration et politique à l'égard des ressortissants des pays tiers, y compris conditions de libre circulation et de séjour de ceux-ci, coopération judiciaire en matière civile et pénale, coopération policière (51). La portée de cette critique n'était pas toujours aisée à apprécier. Sa force dépendait de l'effet que reconnaissent les juridictions nationales des différents États membres à des instruments – tels des résolutions ou actions communes du Conseil (52) –, dont la

(51) Voy. l'art. K.1 du TUE.

(52) On peut relever par exemple, comme pouvant toucher les droits fondamentaux des individus :

– en matière de lutte contre la toxicomanie : l'Action commune du 29 novembre 1996 adoptée par le Conseil sur base de l'article K.3. du traité sur l'Union européenne, relative à la coopération entre les autorités douanières et les organisations d'entreprises en matière de lutte contre le trafic de drogue (J.O.C.E., n° L 325, 14.12.1996) ; l'Action commune du 16 décembre 1996, adoptée par le Conseil sur base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, élargissant le mandat donné à l'unité « drogues » Europol (J.O.C.E., n° L 342, 31.12.1996) ; l'Action commune, du 17 décembre 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article 3 du traité sur l'Union européenne, relative au rapprochement des législations et des pratiques entre les États membres de l'Union européenne en vue de lutter contre la toxicomanie et de prévenir et de lutter contre le trafic illicite de drogue (J.O.C.E., n° L 342, 31.12.1996) ; la Résolution du Conseil, du 29 novembre 1996, relative à l'établissement d'accords entre la police et les douanes en matière de lutte contre la drogue (J.O.C.E., n° C 375, 12.12.1996) ;

– en matière d'asile et d'immigration : Résolutions des ministres chargés de l'immigration, adoptées à Londres le 30 novembre 1992 (sur les demandes d'asile manifestement infondées ; sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil ; conclusions concernant les pays où, en règle générale, il n'existe pas de sérieux problèmes de persécution) ; Position commune du Conseil du 4 mars 1996 sur l'application harmonisée du terme « réfugié » (J.O.C.E., n° L 63 du 13.3.1996) ; Décision du Conseil relative à une procédure d'alerte d'urgence pour la répartition des charges en ce qui concerne l'accueil et le séjour, à titre temporaire, des personnes déplacées (J.O.C.E., n° L 63 du 13.3.1996) ; Résolution du Conseil sur la limitation de l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire de l'Union, soit « à des fins d'emploi » (20 juin 1994), soit « aux fins de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante » (30 novembre 1994), soit « à des fins d'études » (30 novembre 1994) (J.O.C.E., n° C 274 du 19.9.1996) ; Décision du Conseil, du 16 décembre 1996, relative au suivi de la mise en œuvre de acte adoptés par le Conseil en matière d'immigration clandestine, de réadmission, d'emploi irrégulier de ressortissants de pays tiers et de coopération dans l'exécution des arrêtés d'expulsion (J.O.C.E., n° L 342, 31.12.1996).

Cour de justice, ne pouvant être saisie par voie préjudicielle, ne pouvait imposer le respect dans les litiges dont sont saisies les juridictions internes, et dont l'applicabilité directe était probablement à exclure si l'on tient compte de l'ampleur des mesures de transposition ou d'exécution que ces instruments invitent les États membres à adopter (53). Il est incontestable que l'absence de tout contrôle juridictionnel des mesures adoptées dans le cadre du troisième pilier crée le risque que subsistent dans l'ordre juridique de l'Union européenne des mesures, en dépit de ce qu'elles seraient incompatibles avec les droits fondamentaux. Mais une fois qu'elles se trouvent exécutées par les États membres, ces mesures prennent la forme de réglementations nationales, dont les individus qui y ont intérêt peuvent rechercher l'annulation au contentieux de la légalité ou à l'application desquelles à leur égard ils peuvent s'opposer, le cas échéant par l'introduction d'un recours alléguant la violation de leurs droits subjectifs.

Fallait-il cependant se satisfaire de ces deux voies, qui signifient la possibilité d'une mise en cause indirecte des mesures adoptées dans le cadre du troisième pilier, à travers la mise en cause directe des mesures étatiques qui en assurent l'exécution ? On peut en douter. D'une part (encore qu'à notre connaissance la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de prendre attitude à cet égard), il ne faut pas exclure que le juge national refuse de sanctionner l'atteinte aux droits de l'individu que crée telle mesure étatique d'exécution, dès lors que cette mesure ne vise qu'à respecter une obligation internationale qu'a assumée l'État : minimalement, il vaudra contribuer au respect par l'État de ses obligations internationales, en refusant de sanctionner les violations qui ne sont pas manifestes. D'autre part – et c'est plus vrai encore des mesures adoptées par le Comité exécutif mis sur pied par la Convention d'application de l'Accord de Schengen –, les mesures adoptées dans le cadre du troisième pilier peuvent fournir des instructions aux administrations nationales, par exemple quant aux modalités des contrôles effectués aux frontières extérieures ou quant à l'interprétation à faire des règles nationales relatives au regroupement familial, qui ne se traduisent pas dans des instruments juridiques susceptibles d'être attaqués par la voie juridictionnelle. C'est là le motif principal pour lequel la possibilité d'un contrôle juridictionnel qui s'opère directement, plutôt que par la médiation des recours introduits contre les mesures étatiques

(53) L'article K.6. du TUE révisé (nouvel article 34) paraît rétrospectivement confirmer cette impression, puisqu'il prévoit l'adoption par le Conseil unanime de décisions-cadres ou de décisions, dont il est précisé qu'elles « ne peuvent entraîner d'effet direct » (§ 2, b) et c).

d'exécution, est apparu hautement souhaitable aux négociateurs d'Amsterdam – et, avant eux, aux organisations non-gouvernementales actives sur le terrain de l'asile et de l'immigration, dont le travail d'influence a certainement joué ici un rôle décisif –.

L'amélioration que contient le traité d'Amsterdam est considérable. La révision de la structure en piliers héritée du traité de Maastricht contient deux implications. D'abord la Cour de justice peut se prononcer sur les mesures adoptées dans le cadre du nouveau titre IV (54), y compris sur leur compatibilité avec les droits fondamentaux. C'est là ce qui résulte de la « communautarisation » de certaines matières figurant auparavant dans le troisième pilier : asile, immigration et circulation des ressortissants d'États tiers sur le territoire de l'Union. Ensuite, la juridiction de la Cour de justice s'étend aux matières figurant sous le titre VI du traité sur l'Union européenne, qui contient les dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Ces avancées demeurent à certains égards incomplètes. Mais il va dépendre de la Cour de justice elle-même, à laquelle il reviendra à la fin de définir exactement les bornes de sa compétence, d'en arrêter la portée.

§ 1^{er}. – Les compétences de la Cour de justice à l'égard du nouveau titre IV du TCE

L'on sait que le mécanisme du renvoi préjudiciel va opérer, dans le cadre du titre IV du traité sur l'Union européenne révisé, suivant des modalités légèrement différentes de celles prévues à l'article 177 du TCE (nouvel article 234). Dans le cadre du titre IV en effet, la question préjudicielle (55) ne peut émaner que d'une juridiction

(54) Le nouveau titre IV (Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes) constitue en fait un élargissement de l'ancien titre III A du TCE.

(55) L'art. 68, § 1^{er}, du TCE révisé par le traité d'Amsterdam (ex-article 73 P) prévoit que la juridiction nationale, « si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demande à la Cour de justice de statuer sur cette question ». On n'assiste pas là, comme il a parfois été écrit, à une « facultarisation » de l'interprétation obligatoire » (Observatoire social européen, *Analyse synoptique du traité d'Amsterdam*, septembre 1997, p. 33 ; dans le même sens, European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Analysis of the Treaty of Amsterdam in so far as it relates to asylum policy*, 16 July 1997, p. 4). La formulation retenue par l'article 68 du traité diffère de celle qui figure à l'article 177 du TCE (nouvel art. 234). Évoquant la faculté pour les juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles de recours d'interroger la Cour de justice par la voie préjudicielle, cette disposition indique que « cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question ». Certes, la formule de l'article 73 P insérée par le traité d'Amsterdam (nouvel art. 68) ne reproduit-elle pas non plus la formulation, plus forte, qu'utilise l'article 177 du TCE (nouvel art. 234) pour désigner l'obligation de renvoi à laquelle sont soumises les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours (elles sont « tenues de saisir la Cour

nationale « dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ». Un passage du projet de traité de la présidence irlandaise du Conseil fournit la clé de cette restriction, où l'on peut lire : « Le grand nombre d'affaires dont sont saisis les tribunaux nationaux en matière d'asile et d'immigration laisse penser que, à la demande des parties dans ces affaires, les tribunaux nationaux feront très souvent appel à la Cour de justice pour qu'elle interprète à titre préjudiciel les dispositions dans ce domaine. Cela entraînerait une surcharge considérable de la Cour et ralentirait les procédures nationales. Dans ces conditions, il faudrait envisager des modalités particulières quant au rôle de la Cour de justice » (56).

Une telle justification ne manque pas d'étonner. Puisqu'il s'impose, dans les contentieux liés à l'asile ou à l'immigration, d'épuiser la hiérarchie des juridictions internes avant qu'une question préjudicielle puisse être posée à la Cour de justice, lorsqu'une question de droit communautaire sera controversée, le nombre d'instances se trouvera multiplié au lieu d'être réduit. Aussi bien, l'on doit supposer que les négociateurs ont en vue que les juridictions nationales pourront aboutir à une solution *avant* que la plus haute juridiction se trouve saisie du litige. Ou bien une telle solution se fonde sur une interprétation du droit communautaire, qui risque de diverger d'État membre à État membre, tant que la Cour de justice n'aura pas eu l'occasion de se prononcer. Ou bien, plutôt que sur l'émergence d'une solution qui agréée aussi bien l'État que le demandeur d'asile ou le candidat à l'immigration, l'on parle sur l'incapacité financière dans laquelle ceux-ci se trouveront d'épuiser les voies de recours qui sont disponibles, voire – en ce qui concerne les questions d'interprétation ou de validité du droit communautaire dérivé relatif aux conditions que doivent remplir les ressortissants d'États tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié, ou relatif au regroupement familial ou à l'immigration clandestine et au séjour irrégulier (57) – sur l'impossibilité pratique dans laquelle se trouveront certains intéressés d'épuiser les recours internes disponibles, en raison de leur éloignement physique des frontières de l'État membre. Le moins que

de justice ». Mais l'incise (« si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement ») ne permet pas de conclure au caractère purement facultatif du renvoi : ce sont les termes qu'utilise la jurisprudence de la Cour de justice, lorsqu'elle se prononce sur la recevabilité des questions préjudicielles qui lui sont adressées, là où le lien avec le litige dont la juridiction nationale est saisie ne paraît pas évident. Une comparaison avec les autres versions linguistiques du traité d'Amsterdam confirme du reste cette analyse.

(56) Adapter l'Union européenne dans l'intérêt de ses citoyens et la préparer pour le futur. Cadre général pour un projet de révision des traités (Dublin II), CONF 2500/96, décembre 1996, p. 26.

(57) Voy. l'art. 63, § 1^{er}, c), et § 3, a) et b) du TCE révisé (ex-article 73 K).

l'on puisse écrire est que les motifs de la restriction mise à la compétence de la Cour de justice, ainsi, ne sont pas irréprochables.

La seconde restriction apportée à la compétence de la Cour de justice à l'égard des matières rapportées du titre VI du TUE au nouveau titre IV du TCE entre en jeu aussi bien lorsque la Cour est saisie sur recours direct que lorsqu'elle l'est par voie préjudicielle. Le traité interdit à la Cour de statuer sur les mesures relatives aux contrôles des personnes lors du franchissement des frontières intérieures des personnes lors du franchissement de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure (« maintenance of law and order and the safeguarding of the internal security ») (58). Il faut cependant relativiser la portée de cette restriction apportée à la compétence de la Cour de justice. Dans l'appréciation que la Cour fera de la restriction mise à sa compétence, deux arguments auront en effet un rôle à jouer. D'abord, il ne suffit pas à l'auteur de l'acte communautaire de dénommer son acte de façon à le faire échapper au contrôle juridictionnel, si la dénomination choisie ne correspond pas à l'identité réelle de l'acte en cause. De même que, dans le cadre de l'article 173 du TCE (nouvel article 230), il ne suffit pas à son auteur de qualifier de réglementaire tel acte afin de le faire échapper au recours en annulation du particulier (59), de même ici, il ne va pas suffire d'énoncer parmi les motifs de l'acte qu'il est adopté en vue du maintien de l'ordre public et de la sauvegarde de la sécurité intérieure. Ensuite, même si de tels motifs sont réellement présents, l'établissement d'un contrôle disproportionné au franchissement des frontières intérieures, c'est-à-dire qui n'apparaît pas strictement nécessaire au maintien de l'ordre public ou à la sauvegarde de la sécurité intérieure, permet de présumer le détournement de pouvoirs (60) : il reviendra à la Cour de justice d'en tirer les conséquences, c'est-à-dire d'écarter la restriction à sa compétence que l'article 68, § 2, du TCE révisé (ex-article 73 P), prétend lui imposer.

(58) Voy. l'art. 68, § 2, du TCE révisé (ex-art. 73 P), qui fait référence à l'art. 62, 1) (ex-art. 73 J). Les mesures édictées adoptées pour les mêmes motifs paraissant quant à elles placées à l'abri du contrôle juridictionnel par l'article 64, § 1^{er}, du traité, aux termes duquel « Le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ».

(59) Voy. C.J.C.E., 14 décembre 1962, *Corfédération nationale des producteurs de fruits et légumes et al. c. Conseil de la CEE*, aff. Jtes 16 et 17/62, *Rec.*, VIII (1962), p. 901, not. pp. 917-918.

(60) Le détournement de pouvoirs en effet, peut s'entendre soit de l'erreur grave d'appréciation qu'a commise l'auteur de l'acte incriminé, soit de la poursuite de fins autres que celles en vue desquelles le pouvoir a été attribué. Le détournement de procédure relève de cette seconde catégorie. Voy. pour des références à la doctrine et à la jurisprudence en la matière O. De Schutter, « La fonction des groupes de pression dans la Communauté européenne », *C.H. du CRISP*, n° 1398-1399, 1983, ici pp. 42-43.

§ 2. – La création d'une compétence de la Cour de justice dans le cadre du titre VI du TUE

L'autre voie par laquelle la révision de la structure en piliers héritée du traité de Maastricht conduit à l'extension de la compétence de la Cour de justice, consiste en la possibilité dorénavant accordée à celle-ci de répondre aux questions préjudicielles qui lui sont adressées par les juridictions nationales sur l'interprétation du titre VI du traité sur l'Union européenne ainsi que sur la validité et l'interprétation des actes adoptés sur base de ce titre – positions communes, décisions-cadres, décisions, ou conventions –. La Cour peut en outre recevoir les recours en annulation de ces mesures introduits par les États membres ou la Commission européenne. Enfin, alors que c'était là, dans le régime du traité de Maastricht, une simple faculté qu'avaient les États membres (61), à présent la Cour se voit reconnaître une compétence « pour statuer sur tout différend entre États membres et la Commission concernant l'interprétation ou l'application des conventions » établies dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne révisé (62).

Le régime mis en place n'est pas à l'abri de tout reproche. Étant subordonnée à une déclaration de la part de l'État auquel appartiennent les juridictions nationales adressant la question préjudicielle, et dont la déclaration d'acceptation de la compétence préjudicielle de la Cour peut en outre prévoir que ne pourront opérer le renvoi préjudiciel que les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, la compétence de la Cour sur renvoi préjudiciel est ici facultative (63). Minime mais réel, le risque d'interprétations divergentes d'État membre à État membre subsiste ainsi. Mais les critiques qui ont été formulées à l'égard de cette compétence de la Cour de justice ont porté principalement sur l'article K.7, § 5, du traité sur l'Union européenne révisé (nouvel article 35, § 7). Cette disposition exclut la compétence de la Cour de justice afin de « vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre », ou bien pour statuer « sur

(61) Voy. l'art. K.3, § 2, c), du traité sur l'Union européenne avant sa révision par le traité d'Amsterdam.

(62) Voy. à présent l'article K.7, § 7, du traité révisé sur l'Union européenne (nouvel art. 35, § 7) ; et comp. avec l'ancien article K.3, du TUE, qui prévoyait que les conventions adoptées entre États membres dans le cadre du titre VI « peuvent prévoir que la Cour de justice est compétente pour interpréter leurs dispositions et pour statuer sur tout différend concernant leur application, selon les modalités qu'elles peuvent préciser ».

(63) Voy. l'art. K.7, § 7, du TUE (nouvel article 35, § 7).

l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ».

La terminologie utilisée par cet article est incorrecte : la Cour de justice n'a pas à se prononcer sur la « validité » des opérations nationales de police ; tout au plus, peut-elle en constater l'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne dont la garde lui est à présent confiée. Faut-il en outre regretter la restriction qu'elle introduit à la compétence du juge communautaire ? L'on ne voit pas comment cette disposition pourrait exclure qu'à tout le moins, la Cour contrôle la réalité des motifs allégués par les États pour conduire les opérations de maintien de l'ordre public ou de sauvegarde de la sécurité intérieure, dont ils allégueraient qu'elles échappent au contrôle de la Cour. Il revient ainsi à celle-ci, ici encore par analogie au contrôle dont elle s'acquitte déjà dans le cadre de l'ordre juridique communautaire, de définir elle-même la portée de la restriction apportée à sa compétence. En outre, étant des mesures adoptées par les autorités des États membres, les mesures visées à l'article K.7, § 5, du traité sur l'Union européenne révisé (nouvel article 35, § 5), non seulement peuvent être attaquées devant le juge interne, mais encore, les voies de recours internes préalablement épuisées, elles peuvent donner lieu à l'introduction d'une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'homme (64). Il s'agit alors moins de dénoncer dans l'article K.7, § 5, du traité sur l'Union européenne révisé à Amsterdam (nouvel article 35, § 5), la reconnaissance d'un pouvoir aux États membres dans les opérations de

(64) Au sens où la notion figure à l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme, la « juridiction » de l'État membre de l'Union européenne, en tant que Partie contractante à la Convention, s'étend à l'ensemble des situations sur lesquelles cet État exerce ou peut exercer un contrôle effectif ; il importe peu au surplus que ladite situation figure ou non sous le champ d'application du droit communautaire, tel que la Cour de justice a dû le définir afin de cerner les limites dans lesquelles elle peut contrôler le respect par les États membres des droits fondamentaux reconnus parmi les principes généraux du droit communautaire (C.J.C.E., 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi A.E.*, C-260/89, *Rec.*, p. I-2925). Voy. pour des hypothèses où les organes de surveillance de la Convention européenne des droits de l'homme ont été amenés à se prononcer sur des situations relevant du domaine d'application du droit communautaire : Commiss. eur. dr. h., déc. du 12 mai 1993, *Société Divagga c. Espagne*, req. n° 20631/92, D.R., 74, p. 274 ; Commiss. eur. dr. h., déc. du 1^{er} juill. 1993, *Procola et al. c. Luxembourg*, req. n° 14.570/89, D.R., 75, p. 5 ; Cour eur. D.H., arrêt *Pierrmont c. France* du 27 avril 1995 ; Cour eur. D.H., arrêt *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997. Sur l'entreprise jurisprudentielle de délimitation de ce qui relève du « champ d'application du droit communautaire », justifiant le contrôle du respect des principes généraux du droit communautaire, et notamment des droits fondamentaux qui s'y trouvent inclus, voy. notamment la doctrine J. WEILER, « Fundamental Rights and Fundamental Boundaries : On Standards and Values in the Protection of Human Rights », in : N. NEUWÄHL & A. ROSAS, *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., Kluwer, The Hague-Boston-London, 1995, p. 56.

sécurité ou de police qui serait discrétionnaire, que d'y reconnaître l'ébauche d'une répartition des tâches entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme, chargées l'une ou l'autre de la garantie juridictionnelle des droits de l'homme, en fonction de l'identité de la situation matérielle régie.

SECTION 2. – L'affirmation des principes sur lesquels se fonde l'Union européenne

L'article F.1. du traité sur l'Union révisé – le futur article 7 du TUE – prévoit la possibilité pour le Conseil unanime, après avis conforme du Parlement européen, de constater qu'un État membre viole de façon « grave et persistante » les principes « de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'état de droit » sur lesquels est fondée l'Union, constat qui peut entraîner la suspension des droits de cet État si une majorité qualifiée se dégage au Conseil pour en décider ainsi (65). Cette innovation est principalement symbolique, d'autant plus que le mécanisme prévu ne ménage aucune place au constat judiciaire, par la Cour de justice ou par une autre juridiction – l'ont songé naturellement à un État qui serait condamné par la Cour européenne des droits de l'homme en raison d'une pratique administrative conduisant à une violation des droits de l'homme, au sens précis que la jurisprudence de Strasbourg donne à cette notion (66) –, que les conditions d'une violation « grave et persistante » des principes sur lesquels se fonde l'Union européenne sont réalisées. Il déjouerait d'ailleurs toutes les prédictions que cette procédure débouche jamais sur les conséquences qu'elle envisage.

L'on doit plutôt situer l'utilité de la procédure de sanction au niveau des conditions auxquelles de nouveaux États membres peuvent être admis à l'Union, conformément à l'article O du traité (nouvel article 49), qui impose aux candidats à l'adhésion qu'ils respectent les principes sur lesquels est fondée l'Union. Le nouvel article 6, § 1^{er}, qui énonce les principes sur lesquels se fonde l'Union, et le nouvel article 7, qui codifie la procédure de sanction prévue en cas de violation grave et persistante de ce principes par

(65) Voy. les articles F, § 1^{er} (nouvel art. 6, § 1) et F.1. (nouvel art. 7) du TUE.

(66) Dans la jurisprudence des organes de surveillance de la Convention européenne des droits de l'homme, la « pratique administrative », qui a pour effet, si elle est établie, de dispenser le requérant de l'épuisement des voies de recours internes préalablement à la saisine du juge international, suppose que la violation alléguée soit particulièrement grave, répétée, et enfin officiellement tolérée. Voy. spéc. Commiss. eur. D.H., déc. du 24 janvier 1968, *Danemark, Norvège, Suède, Pays-Bas c. Grèce*, req. n° 3321/67, 3322/67, 3323/67 et 3344/67, *Ann. Conu.*, vol. 11, 1968, p. 691, ici p. 713 ; Cour eur. D.H., arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, Série A n° 25, § 159.

un État membre, ont en effet pour vertu principale de permettre de justifier que l'Union européenne ferme ses portes à des États candidats à l'adhésion dans le chef desquels les droits de l'homme ne seraient pas respectés à un niveau suffisant. Cette vertu n'est pas mince. Mais les commentateurs qu'on peut en fournir ne peuvent guère aller au-delà de ce scepticisme, et de ces conjectures.

SECTION 3. – La lutte contre les discriminations

§ 1^{er}. – L'égalité de traitement entre hommes et femmes

Dans un arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995 (67), généralement très mal noté en doctrine (68), la Cour de justice des Communautés européennes avait estimé que violait le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes une réglementation nationale qui accorde aux femmes présentant les mêmes qualifications que leurs collègues masculins, une préférence sur ceux-ci dans le recrutement ou la promotion professionnels, lorsqu'elles sont sous-représentées dans le secteur et au niveau de salaire en cause. Elle avait tranché ainsi en dépit des termes nets de l'article 2, § 4, de la directive 76/207 (69), qui prévoit que le principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption de « mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes » dans les domaines de l'accès à l'emploi, de la promotion et de la formation professionnelles, des conditions de travail et de certains aspects de la sécurité sociale. L'arrêt paraissait au surplus en nette opposition avec l'article 6, § 3, de l'Accord sur la politique sociale conclu, en annexe du traité de Maastricht, entre les États membres de l'Union européenne à l'exclusion du Royaume-Uni. Cet article dispose que le principe de l'égalité des rémunérations « ne peut empêcher un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter

(67) C.J.C.E., 17 octobre 1995, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, *Rec.*, p. I-3051.

(68) Voy. les observations qu'y consacre J. JACQUAIN, *Chr. D.S.*, 1996, p. 161 ; O. DE SCHUTTER et B. RENAULD, « L'action affirmative devant la Cour de justice des Communautés européennes », *J.T.D.E.*, 1996, p. 125 ; E. VOGL-POUSKY, « The conception and instrumentalisation of legislation on equal opportunities for men and women : programmed not to succeed », *Transfer*, 1996, p. 349.

(69) Directive 76/207 du Conseil (C.E.E.) 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.*, L 39/40).

l'exercice d'une activité professionnelle par les femmes ou à prévenir ou à compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle ».

Inavoué mais certain (70), le revirement opéré par la Cour de justice à l'occasion de l'affaire *Marschall*, de nouveau sur renvoi préjudiciel en interprétation émanant des juridictions allemandes (71), a certainement été influencé par la réaffirmation, par la Conférence intergouvernementale, de la licéité de l'action affirmative en faveur du sexe sous-représenté dans une profession déterminée. Le traité d'Amsterdam complète en effet l'article 119 du TCE (nouvel article 141), notamment en y faisant figurer un paragraphe 4 qui affirme expressément la compatibilité avec le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, du fait pour un État membre « de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Manifestement destinée à faire rempart à la jurisprudence *Kalanke* qui formait alors la doctrine de la Cour, la modification apportée par le traité d'Amsterdam est d'autant plus bienvenue que cette jurisprudence aboutissait en fait à placer les destinataires de la directive face à une injonction paradoxale : en effet, lorsque, comme c'était le cas dans l'espèce *Kalanke* et comme l'envisageait la loi du Land de Brême en cause dans cette espèce, l'égalité de qualifi-

(70) En ce sens, voy. J. JACQUAIN, « Égalité entre travailleurs féminins et masculins », *J.T.D.E.*, 1998, p. 49, ici p. 53. Comp. K. LENAERTS et E. DE SMUTTER, « Le traité d'Amsterdam », *J.T.D.E.*, 1998, p. 25, ici p. 34 (qui qualifient de manière euphémiste l'arrêt *Marschall* de « nuance » apportée à la jurisprudence *Kalanke*). L'arrêt du 11 novembre 1997 explique par la distinction suivante le changement d'attitude de la Cour de justice : « Contrairement à la réglementation en cause dans l'arrêt *Kalanke*, une réglementation nationale qui, comme en l'espèce *Marschall*, comporte une clause d'ouverture ne dépasse pas ces limites [de l'article 2, § 4, de la directive 76/207] si, dans chaque cas individuel, elle garantit aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin » (point 33). Mais l'égalité parfaite de qualifications entre les candidats était précisément l'hypothèse de la loi en cause dans l'affaire *Kalanke*. Certes, entre M. Kalanke et M^{me} Glissmann, candidate qui lui avait été préférée dans l'affaire litigieuse ayant donné lieu finalement à l'arrêt rendu le 17 octobre 1995 par la Cour de justice, l'égalité des qualifications n'était en fait pas totale. Mais la Cour de justice s'est prononcée sur la compatibilité d'une loi qui supposait bien une telle égalité parfaite entre candidats : dans un système où il revient au seul juge national de renvoi de faire application du droit communautaire une fois recueillie la réponse de la Cour de justice sur la demande d'interprétation, il ne revenait pas à celle-ci de se laisser influencer par une circonstance qui, dans l'affaire *Marschall*, lui permettrait de fonder sa distinction.

(71) C.J.C.E., 11 novembre 1997, *H. Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, non encore publié.

cations entre candidats est parfaite, on peut lire la jurisprudence communautaire comme imposant un renversement de la charge de la preuve au détriment de l'employeur qui a accordé sa préférence au candidat masculin (72) ; or, à défaut que l'action positive soit admise, comment l'employeur pourrait-il jamais se conformer à cette interdiction de recourir à des formes de discrimination indirecte, alors que, par hypothèse, il ne peut justifier par des critères objectifs la préférence donnée à tel candidat plutôt qu'à tel autre qui présente des qualifications identiques ?

Mais la formulation choisie pour la rédaction de l'article 119, § 4 (nouvel article 141, § 4), retient également l'attention. D'abord il n'est plus fait allusion à une « égalité des chances » que l'action positive viserait à réaliser, alors qu'elle ne pourrait tendre à une « égalité de résultat ». C'est sur cette distinction, à laquelle incite la terminologie utilisée à l'article 2, § 4, de la directive 76/207 sur l'égalité de traitement, que l'avocat général G. Tesauro avait notamment pris appui pour condamner, comme constituant une discrimination prohibée, la réglementation en cause dans l'affaire *Kalanke* : l'article 2, § 4, de la directive prévoyant que le principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle à l'adoption ou au maintien de « mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes », M. Tesauro estimait dans ses conclusions que « la réglementation nationale litigieuse n'est nullement destinée à garantir l'égalité des points de départ (...) [mais] à atteindre une égalité de résultats, ou mieux une répartition égale des postes de travail » (73). En abandonnant la distinction entre égalité des chances et égalité des résultats – suivant le choix déjà fait dans l'Accord sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht –, les négociateurs d'Amsterdam ont choisi de ne pas maintenir en vigueur dans le discours juridique une séparation que la vie sociale a depuis longtemps remise en cause, dans un monde où le parcours biographique ne se sépare pas nettement en une période de formation et une période d'emploi, et où l'expérience professionnelle acquise constitue un atout majeur à chaque échelon d'une carrière.

Ensuite, l'article 119, § 4, n'évoque pas, comme l'article 2, § 4, de la directive 76/207 ou comme l'article 6, § 3, de l'Accord sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht, les « femmes », dont l'action positive viserait à « faciliter l'exercice d'une activité profes-

(72) Pour une explicitation de ce point, voy. O. DE SCHUTTER et B. RENAULD, « L'action affirmative devant la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, spéc. nos 17 à 19.

(73) Point 13 des concl.

sionnelle (...) ou à prévenir ou à compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle » : il n'est plus fait référence à présent qu'au « sexe sous-représenté ». Pareille neutralité dans la formulation convient à un instrument constitutionnel qui est appelé à s'appliquer à des situations dont la diversité exclut qu'elles puissent toutes être prévues d'avance. Elle est quelque peu relativisée par la déclaration adoptée par la Conférence, suivant laquelle les mesures prises sous l'article 119, § 4, « devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle » (74). La précision paraît aller de soi, dès lors qu'ainsi que l'arrêt *Marschall* l'admet en termes éloquents, « même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active et de la crainte, par exemple, que les femmes interrompent plus fréquemment leur carrière, que, en raison des tâches ménagères et familiales, elles organisent leur temps de travail de façon moins souple ou qu'elles soient plus fréquemment absentes en raison des grossesses, des naissances et des périodes d'allaitement » (point 29). L'on précisera néanmoins que la déségrégation du marché du travail passe, non seulement par l'ouverture plus grande de certaines professions aux femmes qui s'y trouvent sous-représentées, mais également par le désenclavement de certaines professions – infirmier, garde d'enfants, serveur, couturier ou dactylographe – qui, tant qu'elles demeureront principalement féminines, continueront de nourrir précisément ces stéréotypes auxquels la Cour fait allusion (75). Encore est-ce là un point particulièrement délicat : ainsi que l'écrit R. Anker, « c'est à l'encontre des femmes, non des hommes, que la discrimination s'exerce en règle générale sur le marché du travail. L'entrée des hommes dans les professions où se concentrent les femmes enlèverait de plus à celles-ci l'un des rares avantages qu'elles ont dans le domaine de l'emploi » (76).

(74) Déclaration n° 28.

(75) Voy. à ce propos C. HAKIM, « Explaining trends in occupational segregation : The measurement, causes and consequences of the sexual division of labour », *European Sociological Review*, vol. 8, 1992, pp. 127-152 ; et R. ANKER, « Ségrégation professionnelle hommes-femmes : les théories en présence », *Rev. int. du travail*, vol. 136, 1997, pp. 343-370.

(76) R. ANKER, « Ségrégation professionnelle hommes-femmes : les théories en présence », *op. cit.*, p. 358.

§ 2. – La clause de non-discrimination

L'article 6 A du TCE révisé (nouvel article 13) confie au Conseil des Ministres unanime le soin de « 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 ». L'applicabilité directe de cette disposition est généralement déniée (77). Alors que le traité d'Amsterdam n'est pas encore en vigueur, la Cour de justice a paru récemment au renfort de cette position, qui déduit de ce que la disposition citée reconnaît au Conseil des Ministres la compétence d'adopter certaines mesures, qu'elle ne saurait être invoquée par le particulier qui s'estimerait victime d'une discrimination, soit de la part de l'État-membre agissant dans le domaine d'application du droit communautaire, soit en raison de l'existence d'un acte communautaire qui créerait une différence de traitement dépourvue de justification raisonnable ou disproportionnée par rapport à l'objectif qu'elle poursuit. La Cour a en effet « observé », dans l'arrêt *Grant* du 17 février 1998, que le traité d'Amsterdam « a prévu d'ajouter au TCE un article 6 A qui, après l'entrée en vigueur dudit traité, permettra au Conseil de prendre, dans certaines conditions (...), les mesures nécessaires à l'élimination de différentes formes de discriminations, et notamment de celles fondées sur l'orientation sexuelle » (78). L'on ne voit a priori guère comment expliquer, autrement que par le souci de la Cour de couper court à toute spéculation quant à l'applicabilité directe de l'article 6 A du traité (nouvel article 13), la mention de cet article dans cet arrêt, alors qu'il n'est pas applicable à l'affaire qu'il vient trancher.

Mais la mention de l'article 6 A dans l'arrêt *Grant* y remplit une fonction manifestement ambiguë. C'est après avoir constaté « qu'en son état actuel le droit communautaire ne couvre pas une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle » (point 47), que la Cour poursuit à propos de l'insertion dudit article par le traité d'Amsterdam : « Il y a lieu, cependant, d'observer... » (point 48). Certes, la Cour se borne à répéter les termes de cette disposition, qui sont peu encourageants quant à son applicabilité directe. Mais l'adverbe « cependant » paraît indiquer que, dès l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le principe général de l'égalité de traitement pourrait se trouver enrichi par les motifs prohibés de discrimination que

(77) Voy. par exemple K. LENAERTS et E. DE SMIJTER, « Le traité d'Amsterdam », *op. cit.*, p. 34.

(78) C.J.C.E., 17 février 1998, L. Grant c. South-West Trains Ltd., C-249/96, non encore publié (point 48).

mentionne l'article 6 A (nouvel article 13). L'on doit en effet rappeler qu'au-delà des appartitions qu'elle fait dans des champs précis, l'interdiction de la discrimination remplit la fonction d'un principe général du droit communautaire, dont la Cour peut garantir le respect en vertu des pouvoirs que lui reconnaît l'article 164 du TCE (nouvel article 220) (79).

Ainsi nous paraît-il incontestable que, dans le champ d'application du droit communautaire, le juge chargé d'appliquer soit le droit communautaire, soit la mesure étatique qui exécute le droit communautaire ou prétend s'inscrire dans l'une des exceptions que le droit communautaire aménage – ainsi se trouve en effet défini le « champ d'application du droit communautaire », aux fins de définir le champ d'applicabilité des droits fondamentaux qui figurent parmi les principes généraux du droit communautaire –, devra considérer comme invalide au regard du droit communautaire la disposition qui créerait une discrimination directe, c'est-à-dire une différence de traitement entre catégories de destinataires dépourvue de toute justification objective et raisonnable ou disproportionnée par rapport à l'objectif qu'elle poursuit. L'applicabilité directe de l'interdiction des formes de discrimination directe a été affirmée déjà, sous la forme la plus nette, dans le second arrêt *Defrenne* rendu par la Cour de justice, le 8 avril 1976 (80). Elle doit commander ici, *mutatis mutandis*, que la clause discriminatoire soit mise de côté par le juge à qui il est demandé d'en faire application, et qu'il applique plutôt, au groupe défavorisé, le traitement dont bénéficie le groupe favorisé (81).

Mais il ne faut pas exclure que même les formes de discrimination indirecte, celles qui ont lieu « lorsque l'application d'une mesure (...), bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé » de membres de telle catégorie plutôt que de telle autre – selon la définition que réitère la Cour de justice dans son arrêt *Kording* du 2 octobre 1997 (82) –, soient sanctionnées sur base de la nouvelle disposition, et cela avant même que le Conseil ait adopté les mesures que le traité lui confie mission d'adopter.

(79) L'on ne peut faire mieux ici que de renvoyer à K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », C.J.D.E., 1991, pp. 4-41, spéc. p. 38.

(80) C.J.C.E., 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena* (« *Defrenne n° 2* »), 43/75, Rec., p. 455 (pts 18 et 22).

(81) Comp. C.J.C.E., 1^{er} juillet 1993, R. Van Cant, C-154/92, Rec., p. I-3811 (point 22); C.J.C.E., 28 septembre 1994, *Coloroll Pension Trustees*, C-200/91, Rec., p. I-4389 (pts 76 et s.).

(82) C.J.C.E., 2 octobre 1997, B. Kording c. Senator für Finanzen, C-100/95, non encore publié (point 16).

Point n'est besoin nécessairement d'évoquer ici l'« applicabilité directe » de cette disposition entre les mains du juge national. Comme l'on sait, la jurisprudence de la Cour de justice rend désuète la distinction tranchée entre les hypothèses où l'applicabilité directe est admise et les hypothèses où elle est au contraire exclue. La question tant débattue de l'applicabilité directe – ou de ladite « invocabilité » – des directives ne saurait cacher la continuité fondamentale qui existe entre l'application directe que le juge procure de telle règle, qui consiste pour lui à puiser en elle le motif de son dispositif, et l'absence de toute influence qu'exercerait cette règle sur son raisonnement. Dans un arrêt *Dekker* du 8 novembre 1990 (83), la Cour de justice a admis une forme d'« invocabilité par substitution » d'un article figurant dans une directive, dont le bénéfice était au surplus revendiqué dans le cadre d'un litige opposant deux particuliers, ce qui normalement doit conduire à exclure l'application de la directive, à défaut pour le droit national d'en avoir effectué la transposition correcte (84). Cette doctrine conduit le juge national à écarter la clause de son droit interne qui s'avère incompatible avec la directive, pour y substituer le régime de droit commun que prévoit son droit interne, applicable à défaut de la clause *specialis* écartée. Elle semble transposable à notre problématique (85). Confronté à une réglementation communautaire ou étatique – pour autant, dans ce dernier cas, qu'elle présente un lien de rattachement avec le droit communautaire – qui s'avère, non pas constituer une forme de discrimination directe, mais constituer une discrimination indirecte – ce que laissent apparaître les effets statistiques qu'elle produit –, il est toujours loisible au juge d'en refuser l'application, pour lui subs-

(83) C.J.C.E., 8 novembre 1990, *E.J.P. Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen*, C-177/88, *Rec.*, p. I-3941. Voy. le commentaire de R. NIELSEN, *C.M.L. Rev.*, 1992, pp. 160-169, ainsi que P. RODIÈRE, « Sur les effets des directives du droit (social) communautaire », *R.T.D.E.*, 1991, pp. 565-586.

(84) C.J.C.E., 26 février 1986, *Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, 152/84, *Rec.*, p. 737 (pts 46 à 48).

(85) Voy. P. RODIÈRE, « Sur les effets directives du droit (social) communautaire », *op. cit.*, p. 578. Ph. RODIÈRE relie le caractère généralisable de la solution *Dekker* à l'interdiction du déni de justice : cette solution demeurerait applicable même à défaut d'une « norme nationale de remplacement », « si l'on pose d'une part que le juge ne peut mettre en application une norme nationale contraire au droit communautaire et puisqu'il est d'autre part tenu (...) de résoudre le litige ; il ne lui reste plus pour issue que de statuer sur une base prétorienne. La règle qui s'en dégagera devrait s'inspirer des exigences de la directive communautaire : elle peut même en reprendre les termes s'ils sont tels qu'ils offrent une règle complète ; cette règle n'en demeurerait pas moins la création du juge national, règle nationale donc, fondant directement la solution du litige ».

tuer la règle qui, formant le régime de droit commun, serait applicable à défaut pour la règle discriminatoire d'être disponible (86).

CONCLUSION

« Mitigé » dans la matière des droits de l'homme, le bilan d'Amsterdam l'est assurément (87). Mais les attentes étaient très élevées. Les fameuses « conférences de la société civile », organisées dans chaque État membre à l'initiative de la DG V de la Commission européenne afin qu'elles débattent du rapport « Pour une Europe des droits civiliques et sociaux » du groupe d'experts réunis autour de M^{me} Maria de Lourdes Pintasilgo, avaient encore contribué à les entretenir (88). Les perspectives ouvertes par le traité d'Amsterdam invitent à livrer bataille à présent, là où ces perspectives recevront leur signification concrète, et spécialement devant les juridictions qui ont mission d'appliquer le droit communautaire. Plusieurs des propositions qu'on a faites seront jugées audacieuses. Mais elles sont écrites avec à l'esprit cette bataille qui s'annonce. L'audace est permise, elle est requise : puisque le traité d'Amsterdam n'a pas satisfait tous les espoirs, il faut au moins que son interprétation ne soit pas la source de nouvelles déceptions.

(86) Ainsi notre suggestion est-elle que le juge national, confronté à telle condition d'embauche formulée de façon neutre mais dont l'imposition conduit à écarter un nombre disproportionné de candidats de telle appartenance ethnique, doit prendre appui sur l'article 6 A du TCE révisé (nouvel article 13) afin d'écarter cette condition, et imposer plutôt de l'employeur qu'il fonde sa sélection sur l'ensemble des autres critères qu'il a jugé devoir mobiliser.

(87) P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 193.

(88) *Pour une Europe des droits civiliques et sociaux. Rapport du comité des Sages*, Commission européenne, Direction générale Emploi, relations industrielles et affaires sociales, Bruxelles, octobre 1995-février 1996. Office des publications officielles des C.E., 1996. E. Bribosia et moi-même avons préparé, sur mandat de la Ligue des droits de l'homme, une contribution sur la question abordée dans cette étude, avant l'aboutissement des négociations ayant débouché sur le traité d'Amsterdam : O. DE SCHUTTER et E. BRIBOSIA, « La garantie des droits fondamentaux dans l'Union européenne révisée », in : *Pour une Europe des droits civiliques et sociaux. Actes de la conférence nationale des 18 et 19 avril 1997*, DG V de la Commission européenne et Ligue des Droits de l'homme, Bruxelles, 1997, pp. 146-209.